

Jürgen Müller

Auswirkungen der unterschiedlichen
Auffassungen zum Rechtscharakter des Art. 2 Abs. 1 GG
und zu dessen Schranken

- Darstellung und Kritik -

1969

1970

Auswirkungen der unterschiedlichen Auffassungen
zum Rechtscharakter des Art.2 Abs.1 GG und zu dessen Schranken

- Darstellung und Kritik -

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
durch die Juristische Fakultät
der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
JÜRGEN MÜLLER
aus Ebersbach

1 9 7 0



Erster Berichterstatter : Prof.Dr. Friedrich Klein
Zweiter Berichterstatter: Dozent Dr. Erich Küchenhoff
Dekan: Prof.Dr. Walter Stree
Tag der mündlichen Prüfung: 1. Dezember 1969

I n h a l t s ü b e r s i c h t

	<u>Seite</u>
Abkürzungsverzeichnis	VI
Literaturverzeichnis	IX
 E i n l e i t u n g	
Das Ziel der Untersuchung	1
 E r s t e r A b s c h n i t t	
Der Stand der Meinungen	1
A Die unterschiedlichen Auffassungen zum Grundrechtscharakter des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit	2
I. Die Kennzeichnung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit als Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts	2
II. Die Verneinung des Grundrechtscharakters des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit	7
1. Die Begründung von HAAS	7
2. Die Begründung von KLEIN	7
3. Die Begründung von WEHRHAHN	9
4. Die Begründung von WERTENBRUCH	10
B Die unterschiedlichen Auffassungen zum Inhalt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit	13
I. Die Persönlichkeitskerntheorie	13
II. Der Auslegungsversuch LERCHES	18
III. Die Kennzeichnung des Art.2 Abs.1 GG als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit	20
IV. Art.2 Abs.1 GG als "magna charta der Sozialen Marktwirtschaft"	22

	<u>Seite</u>
C Die unterschiedlichen Auffassungen zum Inhalt der schrankenbildenden Begriffe in Art.2 Abs.1 GG	23
I. Die "Rechte anderer"	25
II. Die "verfassungsmäßige Ordnung"	30
1. Die Gleichsetzung der "verfassungsmäßigen Ordnung" mit dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt	31
2. Die engeren Auslegungen der "verfassungsmäßigen Ordnung"	36
a) Die Beschränkung der "verfassungsmäßigen Ordnung" auf die elementaren Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers	36
b) Die "Klauseln vordringlicher Allgemeininteressen" als Ergebnis weitergehender Konkretisierungsversuche	39
aa) Die "Existenzklausel"	40
bb) Die "Zumutbarkeitsklausel"	40
cc) Die "strenge Gemeinwohlklausel"	41
c) "Verfassungsmäßige Ordnung" als Inbegriff bestimmter Verfassungsdirektiven	45
III. Das "Sittengesetz"	48
Anhang: Der Begriff der "immanenten Schranken" bei der Interpretation des Art.2 Abs.1 GG	52
D Die unterschiedlichen Auffassungen zum Verhältnis des Garantiengehaltes des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zum Garantiengehalt der ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechte	56
I. Die Verneinung jedweden Zusammenhangs zwischen dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und den Einzelfreiheitsrechten	56
II. Die Kennzeichnung der Einzelfreiheitsrechte als <i>leges speciales</i> zum Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit	58
III. E.R. HUBERS These von der Garantienkonkurrenz durch Garantienüberlagerung	60
E Die unterschiedlichen Auffassungen zum Geltungsbereich des "Soweit"-Satzes	61

	<u>Seite</u>
F Die Wechselbeziehungen zwischen Gewährleistungstatbestand und Schrankentatbestand und ihre Berücksichtigung in den unterschiedlichen Auffassungen zu Art.2 Abs.1 GG	66
I. Wechselbeziehung und Bestimmung des Aktualitätsgrades	67
II. Wechselbeziehung und Inhaltsbestimmung	70
III. Wechselbeziehung und Bemessung des Geltungsbereichs	75
 Z w e i t e r A b s c h n i t t	
Die Herleitung eines Grundrechts aus Art.2 Abs.1 GG	79
A Auswirkungen der unterschiedlichen Auffassungen zum Grundrechtscharakter des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit	79
I. Grundrechtscharakter und Innominatrechte	79
1. Die Ergänzungsbedürftigkeit des Grundrechtskatalogs	79
2. Der Grundrechtscharakter des Art.2 Abs.1 GG als Voraussetzung für das Entstehen von Innominatrechten	86
II. Auswirkungen der unterschiedlichen Auffassungen zum Grundrechtscharakter des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auf dessen Subsumierbarkeit unter einzelne rechtliche Tatbestände	88
1. Art.2 Abs.1 GG und die Aktualisierungswirkung des Art.1 Abs.3 GG	88
2. Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Schutze der Substanzgarantie des Art.19 Abs.2 GG	93
a) Zur Anwendbarkeit des Art.19 Abs.2 auf Art.2 Abs.1 GG	93
b) Art.2 Abs.1 GG und die unterschiedlichen Auffassungen zum Schutzobjekt des Art.19 Abs.2 GG	96
3. Das Verhältnis von Art.2 Abs.1 GG zu Art.19 Abs.4 GG und zu § 40 VwGO	101
4. Art.2 Abs.1 GG als Prüfungsmaßstab in der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes	104
a) Abstrakte und konkrete Normenkontrolle	104
b) Verfassungsbeschwerde	105

	<u>Seite</u>
5. Art.2 Abs.1 GG im Einflußbereich des Art.18 GG	108
a) Bei Kennzeichnung des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG als Grundrecht	108
b) Bei ausschließlicher Zuordnung des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG zum objektiven Recht	113
6. Auswirkungen auf die Institutionalisierung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts	117
 B Kritik an der Verneinung der Grundrechtsqualität des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit anhand der ermittelten Auswirkungen	 122
I. Vorbemerkung: Der Zusammenhang zwischen der Entscheidung für die Ableitung der Innominatrechte und der Entscheidung für die Justiziabilität des Art.2 Abs.1 GG	123
II. Die Unentbehrlichkeit des als Grundrecht qualifizierten Art.2 Abs.1 GG für die Ergänzung des Grundrechtskatalogs	124
1. Die Frage nach Alternativen zu Art.2 Abs.1 GG als Grundlage für die Schließung der Wertschutzlücken	125
a) Grenzen einer extensiven Interpretation der ausdrücklich gewährleisteten Einzelgrundrechte	125
b) Der zwangsläufige Verzicht auf Art.1 Abs.1 GG	132
c) GIACOMETTIs These vom "axiomatischen Prinzip einer allgemeinen Freiheit"	134
2. Die Erhebung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zum Grundrecht als Voraussetzung für dessen lückenfüllende Kraft	135
III. Abwägung der gegen den Grundrechtscharakter der Entfaltungsfreiheit vorgebrachten Begründungen mit der Behauptung von der Unentbehrlichkeit der als Grundrecht qualifizierten Entfaltungsfreiheit	138
IV. Ergebnis	144

D r i t t e r A b s c h n i t t

Die Bedeutung der Schranken des Art.2 Abs.1 GG in ihren unterschiedlichen Interpretationen	146
A Die "Rechte anderer"	147
B Das "Sittengesetz"	149
C "Verfassungsmäßige Ordnung"	150
I. Die engen Auslegungen der "verfassungs- mäßigen Ordnung"	150
1. Die "verfassungsmäßige Ordnung" in der Sicht der Persönlichkeitskerntheorie	151
2. Die "verfassungsmäßige Ordnung" als Inbegriff der Verfassungsdirektiven	153
3. Die Klauseln vordringlicher Allge- meininteressen	154
II. Die Interpretation der "verfassungsmäßigen Ordnung" als allgemeine Rechtsordnung	156
1. Auswirkungen	156
a) Methodische Komplizierung	156
b) Überlagerung der "Rechte anderer" sowie des "Sittengesetzes"	157
c) Auswirkungen auf die Systematik der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit	159
2. Kritik	160
a) Kritik angesichts der methodischen Komplizierung	160
b) Kritik angesichts der drohenden Überflüssigkeit der anderen Schranken	164
c) Kritik anhand der Auswirkungen auf das System der Verfassungsgerichts- barkeit des Bundes	165
aa) Der Spielraum des Bundesgesetz- gebers bei der Gestaltung der Verfassungsbeschwerde	166
bb) Grenzen des "Rechtsweg-Staates"	167

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Allg.Einl.	Allgemeine Einleitung
Amtl.Entsch.Sammlung	Amtliche Entscheidungssammlung
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BABl	Bundesarbeitsblatt, Stuttgart
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeits- gerichts, Berlin
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter, München
BB	Der Betriebsberater, Heidelberg
Bd.	Band
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanz- hofs, Bonn
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Strafsachen, Köln-Berlin
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen, Köln-Berlin
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfas- sungsgerichts, Tübingen
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwal- tungsgerichts, Berlin
d.h.	das heißt
Die Arbeiterversorgung	Die Arbeiterversorgung, Stuttgart
DÖV	Die öffentliche Verwaltung, Stuttgart und Köln
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift, Tübingen
DStR	Deutsche Steuer-Rundschau, Hamburg
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt, Köln-Berlin

DVO	Durchführungsverordnung
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen und des Württemberg-Badischen Verwaltungsgerichtshofs, Karlsruhe
f, ff	folgende Seite(n)
Fn	Fußnote
GG	Grundgesetz
HeVerf	Verfassung des Landes Hessen
JR	Juristische Rundschau, Berlin
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung, München-Berlin
JZ	Juristenzeitung, Tübingen
LVG	Landesverfassungsgericht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht, Hamburg
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München und Berlin
Nr.	Nummer
o.dgl.	oder dergleichen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Recht und Staat	Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften, Tübingen
RGBl	Reichsgesetzblatt
Rn	Randnummer
S.	Seite
s.	siehe
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung, Tübingen
Sp.	Spalte
StW	Steuer und Wirtschaft, München-Berlin-Göttingen-Heidelberg
u.a.	und andere
VerwArch	Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Berlin

VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, München und Berlin
VGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VVdSt	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin (und Leipzig)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer

Literaturverzeichnis

- ABEL, Gunther Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, Berlin 1964
- APELT, Willibalt Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art.3 Abs.1 des Grundgesetzes, in JZ 1951, S.353 ff.
- ARNDT, Adolf Das Bundesverfassungsgericht, in DVBl 1952, S.1 ff.
- BACHOF, Otto Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht, in DÖV 1953, S.417 ff.
- Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, zugleich eine Untersuchung über den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, Tübingen 1951. Zitierweise: Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung
- Freiheit des Berufs, in Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Dritter Band, 1.Halbband, Berlin 1958
- BAUER, Fritz Grundgesetz und Schmutz- und Schund-Gesetz, in JZ 1965, S.41 ff.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang Der Stellvertreter-Fall, in JuS 1966, S.359 ff.
- BONNER KOMMENTAR Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), herausgegeben von Bodo DENNEWITZ u.a., Hamburg ab 1950
- BOSCH, Friedrich-Wilhelm - HABSCHIED, Walther J. Nochmals: Vertragspflicht und Gewissenskonflikt, in JZ 1956, S.297 ff.
- BREITHAUPT, Theodor Die guten Sitten, in JZ 1964, S.283 ff.
- BRINKMANN, Karl Freiheit und Verfassung, Bonn 1965

- BÜHLER, Ottmar Altes und Neues über Begriff und Deutung des subjektiv-öffentlichen Rechts, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955
- COING, Helmut Das Grundrecht der Menschenwürde, der strafrechtliche Schutz der Menschlichkeit und das Persönlichkeitsrecht des bürgerlichen Rechts, in SJZ 1947, S.641 ff.
- Grundsätzliches zur Rückwirkung von Gesetzen, in BB 1954, S.137 ff.
- COPIČ, Hans Berufsverbot und Pressefreiheit, in JZ 1963, S.494 ff.
- DIPPER, Hans Bedürfnisprüfung im Gaststätten-gewerbe nach dem Bonner Grundge-setz, in NJW 1952, S.601 ff.
- DÜRIG, Günter Art.2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemein-polizeilichen Maßnahmen, in AÖR Bd.79 (1954), S.57 ff.
- Freizügigkeit, in Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Zweiter Band, Berlin 1954
- Grundrechte und Zivilrechtspre-chung, in Festschrift für Hans Nawiasky, München 1956
- Der Grundrechtssatz von der Men-schenwürde, in AÖR Bd.81 (1956), S.117 ff.
- Die Menschenauffassung des Grund-gesetzes, in JR 1952, S.259 ff.
- Die Verwirkung von Grundrechten nach Art.18 des Grundgesetzes, in JZ 1952, S.513 ff.
- EHMKE, Horst Prinzipien der Verfassungsinter-pretation, in VVdSt Heft 20 (1963), S.82 ff.

- EHMKE, Horst
Wirtschaft und Verfassung - Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, Karlsruhe 1961
Zitlerweise: EHMKE, Wirtschaft und Verfassung
- ENNECCERUS- Ludwig -
NIPPERDEY, Hans Carl
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.I, 15. Aufl., Tübingen 1959
- ERLINGHAGEN, Franz
Der Streit um die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, in: Festgabe für Heinrich Herrfahrdt, Marburg 1961
- ESSER, Josef
Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2.Aufl., Tübingen 1964
- EVERS, Hans-Ulrich
Zur Auslegung von Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, insbesondere zur Persönlichkeitskerntheorie, in AÖR Bd.90 (1965), S.88 ff.
Zitlerweise: EVERS, in AÖR Bd.90 (1965)
- EYERMANN, Erich -
FRÖHLER, Ludwig
Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2.Aufl., München und Berlin 1954
- FECHNER, Erich
Die soziologische Grenze der Grundrechte, Tübingen 1954
- Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, in Recht und Staat, Heft 174 (1953)
- FELDMANN, Horst -
GEISEL, Margot
Deutsches Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, Stuttgart 1954
- FORSTHOFF, Ernst
Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., München und Berlin 1953
- Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959

- FORSTHOFF, Ernst Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, in EPIRRHOSIS, Festgabe für Carl Schmitt, Erster Teilband, Berlin 1968
- Zur Problematik der Verfassungsauslegung, Stuttgart 1961
- Zur verfassungsmäßigen Problematik der Investitionshilfe, in BB 1953, S.421 ff.
- FRIESENHAHN, Ernst Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Köln-Berlin-Bonn-München 1963
- GEIGER, Willi Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Berlin-Frankfurt 1952
Zitierweise: GEIGER, Kommentar
- GIACOMETTI, Zaccariä Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, in Aktuelle Verfassungsprobleme, Sonderheft der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Band 74, Basel (1955), S.149 ff.
- GIERKE, Otto von Deutsches Privatrecht, Berlin 1905
- GIESE, Friedrich Die Unanwendbarkeit des Nachtbackverbots auf mehrschichtige Betriebe der Brotindustrie, in BABI 1955, S.120 ff.
- Nochmals: Die verfassungsmäßige Ordnung, in BB 1957, S.344 ff.
- GIESE, Friedrich -
SCHUNCK, Egon Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, 7.Aufl., Frankfurt 1965
Zitierweise: GIESE-SCHUNCK, Grundgesetz
- GREWE, Wilhelm Schutz und Grenzen der Außenwerbung nach dem Grundgesetz, in Der Markenartikel, München, Jahrgang 1951, S.243 ff.
- GUTMANN, Gernot -
HOCHSTRATE, Hans-Joachim -
SCHLÜTER, Rolf Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1964

- HAAS, Diether Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in DÖV 1954, S.70 f.
- HAEBERLE, Peter Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs.2 GG, Karlsruhe 1962
- HAMANN, Andreas Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, Kommentar, 2.Aufl., Berlin-Neuwied-Darmstadt 1961
Zitierweise: HAMANN, Kommentar
- Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Berlin-Neuwied-Darmstadt 1958
- Die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung im wirtschaftlichen Bereich, in BB 1955, S.105 ff.
- Nochmals: Die verfassungsmäßige Ordnung, in BB 1957, S.227 ff.
- HAMEL, Walter Der Apothekenrabatt der Krankenkassen, in NJW 1967, S.1496 ff.
- Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957
- HELLER, Hermann Staatslehre, Leiden 1934
- HENKEL, Franz Recht und Individualität, Berlin 1958
- HENSEL, Albert Grundrechte und Rechtsprechung, in Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben, Bd.I, Berlin-Leipzig 1929
- HERING, Carl Joseph Der Verzicht als intentionaler Faktor der freien Entfaltung der Persönlichkeit - Erwägungen zur inhaltlichen Bestimmung des Art. 2 Abs.1 GG, in Gedächtnisschrift Hans Peters, Berlin-Heidelberg-New York 1967
- HESSE, Ernst Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des Art.2 I GG bei der Verwirklichung einer "verfassungsmäßigen Ordnung" - Eine Untersuchung über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art.2 I GG, Berlin 1968
Zitierweise: HESSE, Gesetzgeber

- HESSE, Konrad Die normative Kraft der Verfassung, in Recht und Staat, Heft 222 (1959)
- Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, Göttingen 1956
- Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2.Aufl., Karlsruhe 1968
- HIPPEL, Eike von Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, Berlin 1965
- HOFFMANN, Reinhard Beamtentum und Streik, in AÖR Bd.91 (1966), S.141 ff.
- HUBER, Ernst Rudolf Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, in DÖV 1956, S.135 ff.
- Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.I, 2.Aufl., Tübingen 1953
- HUBER, Hans Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Berlin 1966
- HUBMANN, Heinrich Das Persönlichkeitsrecht, Köln-Münster 1953
- IPSEN, Hans Peter Das Verbot des Massengütertransports im Straßenverkehr. Rechtsgutachten zum Regierungsentwurf eines Straßenentlastungsgesetzes, Hamburg 1954
Zitierweise: IPSEN, Gutachten
- Enteignung und Sozialisierung, in VVdSt Heft 10 (1952), S.74 ff.
- JÄCKEL, Hartmut Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung - Eine rechtsdogmatische Studie zu Art.19 Abs.2 GG, Berlin 1967
Zitierweise: JÄCKEL, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung
- JAHRREISS, Hermann Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, in Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages, Berlin 1950

- JAHRREISS, Hermann Gesetz und Recht - Recht und Gesetz, in NJW 1950, S.3 ff.
- JELLINEK, Georg System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg 1892
- Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914
- JELLINEK, Walter Die Entlohnung der Frau und Art.3 Abs.2 des Grundgesetzes, Gutachten, in BB 1950, S.425
- Verwaltungsrecht, 3.Aufl., unveränderter Neudruck, Offenburg 1948
- KÄGI, Werner Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945
- KAISER, Joseph H. Verfassungsrechtliche Eigentums-gewähr, Enteignung und Eigentums-bildung in der Bundesrepublik Deutschland, in Staat und Privat-eigentum, Beiträge zum ausländi-schen Recht und Völkerrecht, Köln-Berlin 1960
Zitierweise: KAISER, Verfassungs-rechtliche Eigentumsgewähr
- KAUFMANN, Erich Zur Problematik des Volkswillens, Berlin und Leipzig 1931
- KILIAN, Walter Der Geltungsbereich des Zitierge-bots in Art.19 Abs.1 Satz 2 des Grundgesetzes, Dissertation, Heidelberg 1966
- KIMMINICH, Klaus Zur Theorie der immanenten Schran-ken des Asylrechts, in JZ 1965, S.739 ff.
- KLEIN, Friedrich Tragweite der Generalklausel im Art.19 Abs.4 des Bonner Grundge-setzes, in VVdSt Heft 8 (1950), S.67 ff.
- Von der föderativen zur stärker unitarischen Gestaltung des Finanz-wesens in der Bundesrepublik Deutschland, in Festschrift für Friedrich Giese, Frankfurt 1953

- KLEIN, Friedrich Von der Zulässigkeit zur Unzulässigkeit rückwirkender Steuergesetze - Eine Zwischenbilanz zum steuerlichen Rückwirkungsproblem, in Steuer und Wirtschaft 1954, Sp. 1 und folgende
- KOELLREUTER, Otto Deutsches Staatsrecht, Stuttgart-Köln 1953
- KOHLER, Josef Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.II, Berlin 1906/1919
- KRAUSS, Rupprecht von Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, Hamburg 1955
Zitlerweise: VON KRAUSS, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
- KRÜGER, Herbert Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten in DVBl 1953, S.97 ff.
- Der Wesensgehalt der Grundrechte, in DÖV 1955, S.597 ff.
- Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, in DVBl 1950, S.625 ff.
- Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, in NJW 1955, S.201 ff.
- Wirtschaftsverfassung - Wirtschaftsverwaltung - Rechtsstaat, in BB 1953, S.565 ff.
- KÜCHENHOFF, Dietrich Die Beschränkbarkeit des Rechts auf Persönlichkeitsentfaltung durch Gesetz, in DÖV 1966, S.244 ff.
- LABAND, Paul Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.I, 5.Aufl., Tübingen 1911
- LARENZ, Karl Das "Allgemeine Persönlichkeitsrecht" im Recht der unerlaubten Handlungen, in NJW 1955, S.521 ff.
- Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I, 5.Aufl., München-Berlin 1962
- LAUFKE, Franz Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Berlin-Frankfurt (Main) 1956

- LECHNER, Hans -
WINTRICH, Josef M. Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in
Die Grundrechte, Handbuch der Theo-
rie und Praxis der Grundrechte,
Dritter Band, 2. Halbband, Berlin
1959
- LEIBHOLZ, Gerhard Strukturprobleme der modernen De-
mokratie, Karlsruhe 1958
- Die Gleichheit vor dem Gesetz,
2. Auflage, München und Berlin
1959
- LEISNER, Walter Betrachtungen zur Verfassungsaus-
legung, in DÖV 1961, S.641 ff.
Zitierweise: LEISNER, Verfassungs-
auslegung
- Grundrechte und Privatrecht,
München - Berlin 1960
- Von der Verfassungsmäßigkeit der
Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der
Verfassung, in Recht und Staat,
Heft 286/87 (1964)
- LERCHE, Peter Übermaß und Verfassungsrecht,
Köln-Berlin-München-Bonn 1961
- Werbung und Verfassung, München-
Berlin 1966
- LUHMANN, Niklas Die Gewissensfreiheit und das Ge-
wissen, in AÖR Bd.90 (1965),
S.257 ff.
- MANGOLDT, Hermann von Das Bonner Grundgesetz, Kommentar,
1.Aufl., Berlin-Frankfurt (Main)
1953
- Ist eine Zwangswirtschaft von
Berufs- und Wirtschaftsverbänden
mit dem Grundgesetz vereinbar?,
in BB 1951, S.621 ff.
- MANGOLDT, Hermann von -
KLEIN, Friedrich Das Bonner Grundgesetz, Kommentar,
Band I, 2.Aufl., Berlin-Frankfurt
(Main) ab 1957
Zitierweise: VON MANGOLDT-KLEIN,
Kommentar

- MAUNZ, Theodor Deutsches Staatsrecht - Ein Studienbuch, München-Berlin, 11.Aufl. 1962, 12.Aufl. 1963, 16.Aufl. 1968
- MAUNZ, Theodor -
DÜRIG, Günter Grundgesetz, Kommentar, München-Berlin ab 1958
Zitierweise: MAUNZ-DÜRIG, Kommentar
- MAUNZ, Theodor -
SIGLOCH, Heinrich -
SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno -
KLEIN, Franz Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, München - Berlin 1965
Zitierweise: MAUNZ-SIGLOCH, Kommentar
- MAYER, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.I, 3.Aufl., München-Leipzig 1924
- MENGER, Christian-Friedrich Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, in Recht und Staat, Band 173 (1953)
Zitierweise: MENGER, Sozialer Rechtsstaat
- MENGER, Christian-Friedrich -
ERICHSEN, Hans-Uwe Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in VerwArch Bd.58 (1967), S.278 ff.
- MEYER-CORDING, Ulrich Die Rückwirkung von Gesetzen, in JZ 1952, S.161 ff.
- MÜLLER, Jörg Paul Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964
- MÜNCH, Fritz Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung, Bocholt 1952
Zitierweise: MÜNCH, Menschenwürde
- NAUMANN, Richard Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit, in JZ 1951, S.423 ff.
- NAWIASKY, Hans Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart-Köln 1950
Zitierweise: NAWIASKY, Die Grundgedanken des Grundgesetzes

- NEUMANN-DUESBERG, Horst Abgrenzbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Schutz nach § 823 Abs.1 BGB, in NJW 1957, S.1341 ff.
Zitierweise: NEUMANN-DUESBERG, NJW 1957
- NIPPERDEY, Hans-Carl Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, in DRZ 1950, S.193 ff.
- Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik (Vortrag), Heft 10 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe 1954
- Die Würde des Menschen, in Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Zweiter Band, Berlin 1954
Zitierweise: NIPPERDEY, Menschenwürde
- Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Viertes Band, 2. Halbband, Berlin 1962
Zitierweise: NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit
- Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand, in BB 1951, S.594 f.
- Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, Köln-Berlin-München-Bonn 1965
- OSSENBÜHL, Fritz Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, in DÖV 1965, S.649 ff.
- OTT, Sieghart Das Sittengesetz und seine Bedeutung im öffentlichen Recht, in BayVBl 1966, S.186 ff.
- PABST, Ernst Die Bedeutung des Art.19 Abs.4 Bonner Grundgesetz für die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage, in DOV 1951, S.284 ff.
- PESTALOZZA, Christian
Graf von Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, in Der Staat, Berlin, Jahrgang 1963, S.425 ff.

- PETERS, Hans Das Recht auf freie Entfaltung der
Persönlichkeit in der höchst-
richterlichen Rechtsprechung, Köln -
Opladen 1963
Zitierweise: PETERS, Referat
- Die freie Entfaltung der Persön-
lichkeit als Verfassungsziel, in
Festschrift für Rudolf Laun zu
seinem 70. Geburtstag, Hamburg 1953
- Die freie Entfaltung der Persön-
lichkeit in der höchstrichterli-
chen Rechtsprechung, in BayVB1
1965, S.37 ff.
- Die Verfassungsmäßigkeit des Ver-
bots der Beförderung von Massengü-
tern im Fernverkehr auf der Straße
- Gutachten zum Entwurf eines Stra-
ßenentlastungsgesetzes, Bielefeld
1954
Zitierweise: PETERS, Gutachten
- Ist es verfassungsrechtlich zuläs-
sig, daß der Staat durch bestimmte
Arbeitsschutzvorschriften auch Per-
sonen erfaßt, die keine oder nur
solche Arbeitnehmer beschäftigen,
welche infolge der Art oder Orga-
nisation des Betriebes insoweit
nicht schutzbedürftig sind?, in
BAB1 1954, S.205 ff.
- PFEIFFER, Gerd Die Verfassungsbeschwerde in der
Praxis, Essen 1959
- RAUSCHENBACH, Gerhard Außenwerbung und Baugestaltung, in
Der Markenartikel, München Jahr-
gang 1952, S.2 ff.
- RAISER, Ludwig Vertragsfreiheit heute, in JZ 1957,
S.1 ff.
- REICHSGERICHTSRÄTE-
KOMMENTAR Das Handelsgesetzbuch, Kommentar,
früher herausgegeben von Mitglie-
dern des Reichsgerichts, Erster
Band (bearbeitet von WÜRDINGER)
2.Auflage, Berlin 1953

- REIMERS, Walter Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht. Veröffentlichungen der Gesellschaft Hamburger Juristen, Heft 5, Hamburg 1958
- REUSS, W. Der "numerus clausus" im Gewerbe-recht und für freie Berufe, in NJW 1951, S.777 ff.
- RIDDER, Helmut K.J. Meinungsfreiheit, in Grundrechte Bd.II, S.243 ff.
- Preisrecht ohne Boden, in AÖR Bd. 87 (1962), S.311 ff.
- RIDDER, Helmut K.J. - Die Freiheit der Wissenschaft und der Schutz von Staatsgeheimnissen, in DÖV 1962, S.361 ff.
- ROEMER, Walter Zum Grundrecht der freien Entfal-tung der Persönlichkeit, in Hun-dert Jahre Deutsches Rechtsleben, Karlsruhe 1960
- ROHDE-LIEBENAU, Wolfram Grundrechte und Polizei, in DÖV 1957, S.472 ff.
- RÜFNER, Wolfgang Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte, in Der Staat, Berlin Jahrgang 1968, S.41 ff.
- RUPP, Hans Heinrich Beweisverbote in verfassungsrecht-licher Sicht, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, Bd.I 3 A, München-Berlin 1964
- Das Urteil des Bundesverfassungs-gerichts zum Sammlungsgesetz - eine Wende in der Grundrechtsin-terpretation des Art.2 Abs.1 GG?, in NJW 1966, S.2037 ff.
- SCHÄTZLER, Georg Bundesverfassungsgericht und ver-fassungsmäßige Ordnung, in NJW 1957, S.818 f.
- SCHEUNER, Ulrich Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, DÖV 1956, S.65 ff.
- Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in Recht-Staat-Wirt-schaft, Band IV, Düsseldorf 1953

- SCHEUNER, Ulrich Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in VVdSt Band 11 (1954) S.1 ff.
- Pressefreiheit, in VVdSt Heft 22 (1965) S.1 ff.
- SCHIERHOLT, Werner Numerus clausus und Grundgesetz, in DVBl 1950, S.69 ff.
- SCHMID, Richard Auf dem Wege zum Überwachungsstaat, in Die Zeit vom 12.3.1965, S.3
- SCHMIDT, Walter Die Freiheit vor dem Gesetz. Zur Auslegung des Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, in AÖR Bd.91 (1966), S.42 ff.
Zitierweise: SCHMIDT, Die Freiheit vor dem Gesetz
- SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno -
KLEIN, Franz Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Neuwied-Berlin 1967
- SCHMITT, Carl Verfassungslehre, Berlin 1928
- SCHNEIDER, Peter Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in VVdSt Heft 20 (1963), S.1 ff.
- SCHNUR, Roman Die normative Kraft der Verfassung, in DVBl 1960, S.123 ff.
- SCHOEN, Xaver Zeit- und Streitfragen zum Verwaltungsprozeß, in DöV 1951, S.521 ff.
- SCHOLTISSEK, Herbert Innere Grenzen der Freiheitsrechte, in NJW 1952, S.561 ff.
- SCHÜLE, Adolf Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in VVdSt Band 11 (1954), S.75 ff.
- SCHWENK, Edmund H. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, in NJW 1968, S.822 ff.
- SIGLOCH, Heinrich Zur Bedeutung des Art.18 GG für das einfache Recht, in MDR 1964, S.881 ff.

- SMEND, Rudolf Verfassung und Verfassungsrecht, in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Berlin 1955
Zitierweise: SMEND, Verfassung
- STEIN, Ekkehart Lehrbuch des Staatsrechts, Tübingen 1968
- STRICKRODT, Georg Das Kartellverbot in verfassungsrechtlicher Betrachtung, in NJW 1955, S.699 ff.
- STÜMMER, Erich Das Sittengesetz im öffentlichen Bereich, in BayVBl 1965, S.185 ff.
- THOMA, Richard Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung, in Grundrechte - Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Berlin 1929 und 1930
- Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in Recht-Staat-Wirtschaft, Band III, Düsseldorf 1949
- UBER, Giesbert Freiheit des Berufs - Art.12 des Grundgesetzes, Heft 42 der Abhandlungen aus dem Seminar für öffentliches Recht der Universität Hamburg, Hamburg 1952
Zitierweise: UBER, Freiheit des Berufs
- WEHRHAHN, Herbert Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, in AÖR, Band 82 (1957), S.250 ff.
- WERTENBRUCH, Wilhelm Der Grundrechtsbegriff und Art.2 Abs.1 GG, in DVBl 1958, S.481 ff.
Zitierweise: WERTENBRUCH, Grundrechtsbegriff
- Grundgesetz und Menschenwürde, Köln-Berlin 1958
- Sozialstaatlichkeit und Art.2 Abs. 1 des Grundgesetzes, in Die Arbeiterversorgung 1961, S.33 ff.

- WIEACKER, Franz Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953
- WINTRICH, Josef M. Zur Auslegung und Anwendung des Art.2 Abs.1 GG, in Festschrift für Willibalt Apelt, zum 80. Geburtstag, München und Berlin 1958
- Zur Problematik der Grundrechte, Köln-Opladen 1957
- WOLFF, Hans J. Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955
- Verwaltungsrecht I, München-Berlin 6.Auflage, 1965
- ZINKAHN Außenwerbung und Baugestaltungsverordnung, in DöV 1953, S.161 ff.
- ZINN, Georg August -
STEIN, Erwin Die Verfassung des Landes Hessen, Kommentar, Band I, Bad Homburg v.d.H.-Berlin 1954
Zitierweise: ZINN-STEIN, Kommentar
- ZIPPELIUS, Reinhold Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkungen von Grundrechten, in DVBl 1956, S.553 ff.
- Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München 1962
- ZIVIER, Ernst Der Wesensgehalt der Grundrechte, Dissertation, Mainz 1960
- ZUNDEL, Reinhold In dubio pro libertate, in Jahre der Wende - Festschrift für Alex Möller, Karlsruhe 1968
- ZWEIGERT, Konrad Die Verfassungsbeschwerde, in JZ 1952, S.321 ff.

EINLEITUNG: DAS ZIEL DER UNTERSUCHUNG

Die Kodifizierung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art.2 Abs.1 GG ließ wie bei kaum einem anderen Artikel des Grundgesetzes eine Vielzahl von Fragen offen. Nachdem Lehre und Rechtsprechung diesen Fragen eine Fülle von unterschiedlichen Antworten gegenübergestellt haben, setzt sich die nachfolgende Untersuchung zum Ziel, Auswirkungen der unterschiedlichen Auffassungen zum Grundrechtscharakter des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und zu dessen Schranken zu ermitteln und anhand der Ergebnisse zu den unterschiedlichen Auffassungen Stellung zu nehmen.

ERSTER ABSCHNITT: DER STAND DER MEINUNGEN¹⁾

Die Meinungsverschiedenheiten wegen der rechtlichen Würdigung des Art.2 Abs.1 GG betreffen folgende Sachgebiete:

den Grundrechtscharakter des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (A),

den Inhalt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (B),

den Inhalt der "Rechte anderer", der "verfassungsmäßigen Ordnung" und des "Sittengesetzes" im Sinne von Art.2 Abs.1 GG (C),

1) Obwohl für die Zielsetzung der Untersuchung lediglich die unterschiedlichen Auffassungen zum Charakter des Art.2 Abs.1 GG als Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts sowie zu den Schranken des Art.2 Abs.1 GG erheblich sind, werden aus Gründen der systematischen Klarheit zunächst alle grundlegenden Streitmeinungen zum ersten und zum zweiten Halbsatz von Art.2 Abs.1 GG wiedergegeben (S. 2 ff.). Im Anschluß daran wird untersucht, inwieweit diese Meinungen den grundsätzlichen Wechselbeziehungen zwischen den beiden Halbsätzen von Art.2 Abs.1 GG Rechnung tragen (S. 66 ff. in Verbindung mit S. 23 f.).

das Verhältnis des Garantiengehalts von Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG zum Garantiengehalt der im Grundgesetz ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechte (D) sowie

den Geltungsbereich der Schranken des Art.2 Abs.1 GG (E).

A Die unterschiedlichen Auffassungen zum Grundrechts-
charakter des Rechts auf freie Entfaltung der Per-
sönlichkeit

I. Die Kennzeichnung des Rechts auf freie Entfaltung
der Persönlichkeit als Grundrecht im Sinne eines
subjektiv-öffentlichen Rechts²⁾

Im Schrifttum und in der Rechtsprechung wird der Grundrechts-
charakter des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit
überwiegend bejaht.

1. Der Versuch, die Kennzeichnung des Rechts auf freie Ent-
faltung der Persönlichkeit als Grundrecht sowie die zu die-
sem Zweck geprägten Formulierungen "materielles Hauptgrund-
recht"³⁾, "Hauptfreiheitsrecht"⁴⁾, "allgemeinstes und ober-
stes Freiheitsrecht"⁵⁾, "selbständiges Grundrecht"⁶⁾ zu be-

2) In Anlehnung an die von Friedrich KLEIN, in VON MANGOLDT-
KLEIN, Kommentar, Vorbem. A VI vor Ziff.1, geprägte Ter-
minologie wird in dieser Untersuchung unter "Grundrecht"
lediglich das subjektiv-öffentliche (Verfassungs-)Recht ver-
standen und der objektiv-rechtliche Verfassungssatz, also
die Grundlage eines jeden Grundrechts, als "Grundrechts-
bestimmung" gekennzeichnet; innerhalb dieser Grundrechts-
bestimmungen wird gemäß der von KLEIN vorgeschlagenen Ein-
teilung nach "Einrichtungsgarantien" und "Grundsätzen des
Staatslebens" unterschieden, wobei zu den Grundsätzen des
Staatslebens die "Grundsatznormen" und die "Auslegungsre-
geln" zu zählen sind.

3) NIPPERDEY, Menschenwürde, S.12.

4) DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 6 zu Art.2 Abs.1 und
Rn 2 zu Art.18; NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.758.

gründen, ist am prägnantesten von Josef WINTRICH⁷⁾ unternommen worden. WINTRICH geht von dem einhellig anerkannten engen sachlichen Zusammenhang der Artikel 2 Abs.1 und 1 Abs.1 GG⁸⁾ aus und hebt demgemäß hervor, daß der Menschenwürdegehalt des Art.1 Abs.1 GG in vollem Umfang in den Wesensgehalt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit einbezogen ist, daß die freie Entfaltung der Persönlichkeit auf dem Person-Sein, wie es in Art.1 Abs.1 GG seinen Ausdruck gefunden hat, geradezu aufbaut⁹⁾. Die Erkenntnis, daß dieses Person-Sein alle Kräfte des Menschen umfaßt und daß diese Kräfte dazu bestimmt sind, entfaltet zu werden, führt bei WINTRICH zu folgender Schlußfolgerung: Die Wertvorstellung vom handelnden Menschen, wie sie in Art.2 Abs.1 GG Ausdruck gefunden hat, werde nicht genügend aktualisiert, wenn Art.2 Abs.1 GG nicht als subjektiv-öffentliches Recht anerkannt wird. Die Tatsache, daß die Entfaltung der naturalen Anlagen und Kräfte des Menschen in Art.2 Abs.1 GG zum Verfassungsziel erhoben sei, führe zu der Notwendigkeit, den Art.2 Abs.1 GG so auszulegen, daß der Träger dieser Werte die "staatlich monopolisierte Zwangsgarantie selbst auslösen kann"¹⁰⁾, daß Art.2 Abs.1 GG also in jeder Hinsicht justiziabel wird. Dies aber läßt sich allein durch die Erhebung des Rechts auf freie Entfaltung

-
- 5) Herbert KRÜGER, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, in DVBl 1950, S.625 ff. (627).
 - 6) Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16.1.1957 - 1 BvR 253/56 - BVerfGE 6, S.32 ff.(36) = NJW 1957, S.297 = DÖV 1957, S.116 = JZ 1957, S.167 = DVBl 1957, S.200 = BB 1957, S.88; ("Elfen"-Urteil).
 - 7) WINTRICH, Zur Problematik der Grundrechte, S.20 ff.
 - 8) Vgl. z.B. DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 1 zu Art. 2 Abs.1; KLEIN, a.a.O., Anm.III zu Art.2; s.auch das in Fn 6) genannte Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16.1.1957.
 - 9) NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.742, kommt zu demselben Ergebnis, wenn er den Art.1 Abs.1 GG für eine Umschreibung der "Wesenheit" des Menschen, seines statischen Seins, hält und die Wertvorstellung vom handelnden Menschen, von seiner Dynamik, in Art.2 Abs.1 GG festgelegt sieht; vgl. auch HUBMANN, Das Persönlichkeitsrecht, S.67 ff.
 - 10) So WINTRICH, Zur Auslegung und Anwendung des Art.2 Abs.1 GG, in Apelt-Festschrift, S.1 ff.(8).

der Persönlichkeit in den Rang eines subjektiv-öffentlichen Rechts erreichen.

Für die Kennzeichnung der in Art.2 Abs.1 GG enthaltenen Gewährleistung als Grundrecht werden von der herrschenden Lehre - allerdings ohne besonderen Nachdruck¹¹⁾ - auch formale Gesichtspunkte herangezogen. Und zwar wird verwiesen auf die Stellung des Art.2 Abs.1 GG unter der Titelüberschrift "Die Grundrechte"¹²⁾, auf die Formulierung "nachfolgende Grundrechte" in Art.1 Abs.2 GG¹³⁾ sowie auf das Wort "Recht"¹⁴⁾ in Art.2 Abs.1 GG.

2. Inmitten der Stellungnahmen, die eine grundrechtliche Sicherung der individuellen Freiheit aus Art.2 Abs.1 GG herleiten, kommt den Erwägungen Walter SCHMIDTs besondere Bedeutung zu.¹⁵⁾ Unter Bezugnahme auf Friedrich KLEIN¹⁶⁾ trifft SCHMIDT zunächst die Feststellung, es mangle dem Gewährleistungstatbestand des Art.2 Abs.1 GG an der besonderen Substanz, die ein Grundrecht des Grundgesetzes haben müsse, um materiellrechtlich und verfahrensrechtlich praktikabel zu sein. Trotz dieser ausdrücklichen Billigung der von KLEIN geprägten Formulierung bekennt sich SCHMIDT jedoch nicht zu der Schlußfolgerung KLEINS, wonach es nicht möglich sei, Eingriffe des Staates in die Freiheitssphäre des einzelnen allein und unmittelbar mit Hilfe des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG abzuwehren. Vielmehr entwickelt er angesichts der Unbestimmtheit des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG folgende These:

11) Vgl. z.B. DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 5 zu Art.2 Abs.1; NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.744; sehr apodiktisch allerdings RIDDER-STEIN, Die Freiheit der Wissenschaft und der Schutz von Staatsgeheimnissen, in DÖV 1962, S.361 ff.(366), unter Bezugnahme auf das Wort "Recht".

12) So z.B. bei NIPPERDEY, Menschenwürde, S.11 f.

13) DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 5 zu Art.2 Abs.1.

14) Vgl. NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.745, sowie RIDDER-STEIN, Die Freiheit der Wissenschaft und der Schutz vor Staatsgeheimnissen, in DÖV 1962, S.361 ff.(366).

15) SCHMIDT, Die Freiheit vor dem Gesetz, in AÖR Bd.91 (1966), S.42 ff.

16) KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm.III 5 b zu Art.2.

Das "Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit" umschreibe lediglich die Auffangfunktion des Art.2 Abs.1 GG für die Fortentwicklung des Freiheitsschutzes, sei damit aber noch kein "materielles Grundrecht", sondern erlange diese rechtliche Bewertung erst in Verbindung mit dem neuen, im Grundgesetz nicht ausdrücklich berücksichtigten Freiheitsschutzbereich¹⁷⁾. Diese Umschreibung gewährt, wie SCHMIDT selbst hinzufügt, jedem einzelnen dasselbe Maß an Grundrechtsschutz wie die vorstehend unter 1. genannte Auffassung, wonach der Halbs.1 des Art.2 Abs.1 GG das "materielle Hauptgrundrecht" o.ä. enthält; denn praktische Bedeutung als Grundlage von Grundrechten im Sinne subjektiv-öffentlicher Rechte kann auch die zum "materiellen Hauptgrundrecht" erhobene Gewährleistung des Art.2 Abs.1 GG nur dadurch erlangen, daß ein individueller Sachverhalt als schutzwürdig erachtet und - z.B. als Konsumfreiheit oder Vertragsfreiheit - zu einem Unterfall der Entfaltungsfreiheit konkretisiert wird. Die Aussage, das "Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit" sei noch kein "materielles" Grundrecht, kann also nicht bedeuten, SCHMIDT pflichte im Ergebnis den (nachstehend unter II. genannten) Autoren bei, die den Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG allein als objektivrechtlichen Verfassungssatz auslegen; nur will SCHMIDT auch durch die Art der Formulierung die Unterschiedlichkeit zwischen dem generalklauselartig gefaßten "Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit" und denjenigen im Grundgesetz ausdrücklich angeführten Freiheitsgrundrechten hervorheben, die konkret genannte Sachbereiche umfassen, also nach seinem Sprachgebrauch "materielle Grundrechte" sind. Gleichwohl verbirgt sich hinter der Behauptung, Art.2 Abs.1 GG enthalte nicht schon als bloße Auffangnorm, sondern erst in Verbindung mit dem konkreten Freiheitsschutzbereich ein Grundrecht, mehr als nur ein Streit um Worte. Für diese differenzierende Betrachtungsweise ist in den von SCHMIDT vorgetragenen Überlegungen vielmehr folgendes Argument ausschlaggebend¹⁸⁾:

17) SCHMIDT, Die Freiheit vor dem Gesetz, S.82 ff.

18) SCHMIDT, Die Freiheit vor dem Gesetz, S.45 ff.

Die in der Lehre vom "materiellen Hauptgrundrecht" enthaltene Feststellung, das "Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit" sei bereits in dieser generellen Fassung und nicht erst nach der im konkreten Einzelfall erfolgenden Inhaltsbestimmung als Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts anzusehen, erschwere den Versuch, die Tragweite des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG zu umschreiben. Da auch die Schranken in Halbs.2 als unbestimmte Rechtsbegriffe¹⁹⁾ formuliert sind, komme es bei der Auslegung der beiden Halbsätze zu einem - wie SCHMIDT sagt - unergiebigen "Spiel mit den Generalklauseln".²⁰⁾ Schwierigkeiten bei der Auslegung des Art.2 Abs.1 GG würden so erst künstlich geschaffen. Der Notwendigkeit, den Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG, ein "Grundrecht ohne nähere Inhaltsbestimmung"²¹⁾, schon in seiner generalklauselartigen Abstraktheit zu umschreiben, sei man enthoben, wenn man in Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG, abgesehen von seiner objektivrechtlichen Wirkung, nicht mehr sieht als eine Auffangnorm für diejenigen schutzwürdigen Fallgestaltungen, die von den ausdrücklich normierten Grundrechtsverbürgungen der Artikel 2 Abs.2 ff. GG nicht erfaßt werden. Bei dieser Betrachtungsweise brauche die Frage, inwieweit Art.2 Abs.1 GG Grundrechtsschutz gewährt, erst aus Anlaß und anhand von konkreten Lebenssachverhalten entschieden zu werden; und nach und nach könne sich innerhalb der Auffangnorm des Art.2 Abs.1 GG ein Bündel neuer Freiheits(grund)rechte herausbilden.²²⁾

19) So ausdrücklich RAISER, Vertragsfreiheit heute, in JZ 1958, S.1 ff. (S.5 mit Anm.23).

20) Zur Wechselbeziehung zwischen Halbsatz 1 und Halbsatz 2 des Art.2 Abs.1 GG s.unten S. 23 f. und 66 ff.

21) SCHMIDT, Die Freiheit vor dem Gesetz, S.45.

22) SCHMIDT, Die Freiheit vor dem Gesetz, S.85.

II. Die Verneinung des Grundrechtscharakters des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit

Den Befürwortern des Grundrechtscharakters des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit werden in der Literatur folgende Argumente entgegengehalten.

1. Die Begründung von HAAS

Dieter HAAS gelangt zur Verneinung des Grundrechtscharakters der mit Art.2 Abs.1 GG gegebenen Gewährleistung, weil er der Auffassung ist, die Kennzeichnung dieser Gewährleistung als Grundrecht eröffne die Möglichkeit, "unseren Staat zu sprengen".²³⁾ Eine solche Wertung des Art.2 Abs.1 GG müsse nämlich bedeuten, daß viele vor Inkrafttreten des Grundgesetzes vorhanden gewesene Rechtsnormen ungültig geworden seien, weil sie alle die allgemeine Freiheit beschränkten, jedoch nur zu einem Teil durch die verfassungsmäßige Ordnung, die Rechte anderer oder das Sittengesetz im Sinne von Art.2 Abs.1 GG legitimiert seien. Die grundsätzliche Wechselwirkung zwischen der Auslegung des Halbsatzes 1 und der Auslegung des Halbsatzes 2²⁴⁾ wird von HAAS nur dadurch angedeutet, daß er der Grundrechtsqualität des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit des weiteren mit folgender Begründung entgegenzutreten versucht: Weil die Schrankenregelung des Art.2 Abs.1 GG einen allgemeinen Grundsatz enthalte, sei es unlogisch, dem positiven Teil ein und derselben Norm einen anderen Rang als den eines allgemeinen Grundsatzes zuzusprechen.

2. Die Begründung von KLEIN

Friedrich KLEIN sieht in Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG zwar eine aktuell geltende Norm des objektiven Verfassungsrechts, nicht aber ein Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen

23) HAAS, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in DÖV 1954, S.70 f.

24) Siehe hierzu unten S.23f.und 66 ff.

Rechts.²⁵⁾ Die Tatsache, daß Art.2 Abs.1 GG die Formulierung des allgemeinen Begriffs der staatsbürgerlichen Freiheit enthalte und ein Wertbekenntnis zu dem an der Menschenwürdegarantie des Art.1 Abs.1 GG orientierten Menschenbild oder Persönlichkeitsbild darstelle²⁶⁾, verleihe dieser Norm gegenüber den Einzelfreiheitsrechten des Grundgesetzes eine Sonderstellung; diese Sonderstellung bleibe nur dann gewährt, wenn das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit - statt als subjektiv-öffentliches Recht in den Katalog der Grundrechte eingereiht zu werden - ausschließlich zum "Freiheitsrechtsleitsatz" und damit zur wichtigsten Auslegungsregel für das ganze Verhältnis Staat - Individuum und für die gesamte Rechtsordnung erhoben werde. Die unmittelbare Inanspruchnahme des Art. 2 Abs.1 GG für die Lösung von Rechtssachen müsse demgegenüber dazu führen, daß dessen Pathos degeneriert und seine Aussagekraft ausgehöhlt werde.²⁷⁾

Überdies gewährleiste Art.2 Abs.1 GG angesichts der Unbestimmtheit, Dehnbarkeit und Vagheit seiner Formulierung nicht dasjenige Maß an materiellrechtlicher und verfahrensrechtlicher Praktikabilität²⁸⁾, das nach den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Rechtssicherheit und Rechtsbestimmtheit ein Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts enthalten müsse.²⁹⁾

25) KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm.III 5 a, b zu Art.2.

26) So auch die herrschende Lehre, z.B. DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 10 und 11 zu Art.1 Abs.1 und Rn 72 zu Art.2 Abs.1.

27) KLEIN, a.a.O., Anm.III 5 b zu Art.2.

28) Zum Erfordernis der Praktikabilität des Art.2 Abs.1 GG ebenso WERTENBRUCH, Grundgesetz und Menschenwürde, S.127.

29) Der Auffassung, daß die Unbestimmtheit in der Formulierung des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG dazu führen müsse, dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit die Grundrechtsqualität abzusprechen, wird neuerdings selbst von solchen Autoren ein gewisses Verständnis entgegengebracht, die sich zur Grundrechtsqualität dieser Gewährleistung bekennen; vgl. z.B. RUPP, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Sammlungsgesetz - eine Wende in der Grundrechtsinterpretation des Art.2 Abs.1 GG?, in NJW 1966, S.2037; SCHMIDT, a.a.O., S.47 (mit Fn 24).

3. Die Begründung von WEHRHAHN

Herbert WEHRHAHN³⁰⁾ meint, dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit die Grundrechtseigenschaft absprechen zu müssen, weil dieses nicht dasjenige Maß an Bestimmtheit aufweise, das nötig sei, um die öffentliche Gewalt zu binden. Daher werde mit der Wertung der mit Art.2 Abs.1 GG gegebenen Gewährleistung als subjektiv-öffentliches Recht ein Element der Ungewißheit über den Grenzverlauf zwischen Gemeinschaftsbindung und Freiheitssphäre des einzelnen in den Grundrechtskatalog hineingetragen³¹⁾. WEHRHAHN sieht sich in seiner Gegnerschaft gegen die Grundrechtsqualität des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ferner durch eine Betrachtung der forensischen Interessenlage bestätigt. Und zwar geht er von der für ihn zwingenden Tatsache aus, daß die Einstufung der Entfaltungsfreiheit als Grundrecht eine zweifache Kennzeichnung des Art.2 Abs.1 GG mit sich bringe: Einmal erlange Art.2 Abs.1 GG auf diese Weise den Rang einer sogenannten Komplementärnorm, die die Entwicklung von unbenannten Freiheitsgrundrechten, sogenannten Innominatrechten³²⁾, und damit die Ergänzung der im Grundgesetz ausdrücklich gewährleisteten Freiheitsgrundrechte ermögliche; sodann werde Art.2 Abs.1 GG durch diese Auslegung *lex generalis* zu eben jenen positivierten Freiheitsgrundrechten der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG. Die Tatsache, daß das als Grundrecht aufgefaßte Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit *lex generalis* zu den benannten Grundrechten (*leges speciales*) wird, führt dann bei WEHRHAHN zu der Befürchtung, es könne eine Flucht in diese Generalklausel und dementsprechend eine "Inaktivitäts-Atrophie" der nominierten Einzelgarantien einsetzen. Er beruft sich dabei auf eine von ihm als Erfahrungsregel bezeichnete Erscheinung, daß nämlich die Rechtssubjekte bei dem Streben nach Erweiterung ihres Rechtskreises immer dazu neigten, einer Gene-

30) WEHRHAHN, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2 Abs.1 des Grundgesetzes, in AÖR, Bd.82 (1957), S.250 ff.

31) Insoweit besteht Übereinstimmung mit der Argumentation KLEINS; vgl. oben S. 7 f.

32) WEHRHAHN, a.a.O., S.262.

ralklausel den Vorrang vor den leges speciales zu geben.³³⁾

4. Die Begründung von WERTENBRUCH

Gegen die herrschende, den Grundrechtscharakter des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit bejahende Auffassung wird auch von Wilhelm WERTENBRUCH, und zwar mit wiederum neuen Erwägungen, Stellung bezogen.³⁴⁾ WERTENBRUCH verneint den Grundrechtscharakter einer Verfassungsbestimmung bereits dann, wenn sie absolute Wirkung, also auch Privatrechtswirkung, entfaltet. Mit anderen Worten: Von einer als Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts anerkannten Verfassungsbestimmung könne auch keine sogenannte Drittwirkung ausgehen.³⁵⁾ Gemäß dieser engen Umschreibung des Grundrechts-

33) WEHRHAHN, a.a.O., S.258 f.

34) WERTENBRUCH, Der Grundrechtsbegriff und Art.2 Abs.1 GG, in DVBl 1958, S.481 ff.; derselbe, Grundgesetz und Menschenwürde, S.30 und 85 ff.; derselbe, Sozialstaatlichkeit und Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, in Die Arbeiterversorgung 1961, S.33 ff. (39).

35) Gegen eine Drittwirkung der Grundrechte z.B. auch EHMKE, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in VvdSt Bd. 20 (1963), S.45 ff. (70); Walter JELLINEK, Die Entlohnung der Frau, in BB 1950, S.425; KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Vorbem. A II 4 (KLEIN, a.a.O., Vorbem. A II 4 e, ist allenfalls bereit, die Wirkung der Einrichtungsgarantien und Grundsatznormen als "Drittwirkung der Grundrechtsbestimmungen" zu bezeichnen); REIMERS, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, S.10 ff.; RUPP, a.a.O., S.2037, Fn 4 a; wohl auch Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 20.6.1956 - II Sa 1/56 -, in Der Betrieb 1956, S.1088. Auch HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S.141 f., spricht sich im Grundsätzlichen, wenn auch unter Nennung beachtlicher Ausnahmen, gegen eine Drittwirkung aus; insbesondere die Drittwirkung von Grundrechten auf das Vertragsrecht wird abgelehnt von Hans HUBER, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, S.2, 19 ff.

Exponenten der Befürworter einer Drittwirkung sind namentlich HAMEL, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S.20 f.; LAUFKE, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in Lehmann-Festschrift, S.167 ff.; LEISNER, Grundrechte und Privatrecht, S.312 und 332 ff. (daselbst Übersicht über den Streitstand); NIPPERDEY, Menschenwürde, S.37.

begriffs sieht er die Grundrechtseigenschaft der Gewährleistung des Art.2 Abs.1 Halbs.1 schon dadurch "in Frage gestellt", daß dieser, wie WERTENBRUCH meint, zwar keine unmittelbare Drittwirkung entfaltet, aber doch für den Privatrechtsverkehr verbindliche Ordnungsvorstellungen schafft; Art.2 Abs.1 GG sei objektive Verfassungsnorm und als solche für die gesamte Rechtsordnung verbindlich.³⁶⁾ Gegen die Verneinung der Grundrechtsqualität des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit spricht nach WERTENBRUCH ferner die

36) Vgl. WERTENBRUCH, Der Grundrechtsbegriff und Art.2 Abs. 1 GG, in DVBl 1958, S.484 f.: "Der Entfaltung jedes Menschen darf also von niemandem, weder von einem einzelnen noch von der Staatsgewalt, etwas in den Weg gelegt werden, soweit der sich in Freiheit Entfaltende die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz achtet". Der im Sinne WERTENBRUCHs gelesene Art.2 Abs.1 GG kann also dadurch praktische Bedeutung erlangen, daß er als "Auslegungsregel mit weitreichender Bedeutung für das ganze Verhältnis Staat - Individuum und darüber hinaus für die gesamte Rechtsordnung" (so die Formulierung KLEINs, a.a.O., Anm. III 4 b zu Art.2) herangezogen wird.

Daß WERTENBRUCH dem Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG auch subjektive Privatrechte zu entnehmen bereit wäre, läßt sich aus seinen oben, Fn 34, genannten Stellungnahmen zur Entfaltungsfreiheit nicht entnehmen. NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.745, gibt die Auffassung WERTENBRUCHs jedoch im gegenteiligen Sinne wieder. NIPPERDEY stützt sich dabei offenbar auf eine entsprechende Andeutung bei WERTENBRUCH, Der Grundrechtsbegriff und Art.2 Abs.1 GG, in DVBl 1958, S.484 zu C 2. Diese Andeutung ist jedoch, wie sich aus dem Gesamtzusammenhang ergibt, als bloße Hypothese zu verstehen und wird überdies durch die Stellungnahmen WERTENBRUCHs gegen die Herleitung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art.2 Abs.1 GG geschwächt: Denjenigen Interpreten, die Art.2 Abs.1 GG als Grundlage eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, also eines "subjektiven Privatrechts auf Respektierung der Persönlichkeit" (so die präzise Umschreibung bei NEUMANN-DUESBERG, NJW 1957, S.1341), ansehen, wirft er vor, sie setzten sich über verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Drittwirkung von Grundrechten mehr oder minder hinweg; vgl. WERTENBRUCH, a.a.O., S.483 mit Fn 35. Aus einem Grundrechtsartikel subjektive Privatrechte zu entwickeln, wäre nach WERTENBRUCH also nur dann möglich, wenn von Grundrechten eine Drittwirkung ausginge; gerade diese Voraussetzung hält er aber nicht für gegeben. Nach KLEIN, a.a.O., Vorbem. A II 4 e zu Art.2, kann auch die

Tatsache, daß die Formulierung des ersten Halbsatzes von Art. 2 Abs.1 GG noch nicht einmal einen Ausschnitt aus der Summe aller möglichen Berechtigungen erkennen läßt, sondern die Rechtsbeziehungen aller einzelnen in der Gemeinschaft total und grundlegend erfaßt. Dieses seiner Meinung nach dem Grundrechtscharakter des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit entgegenstehende Hindernis müsse in sprachlicher Hinsicht dazu führen, daß bei der Kennzeichnung des Art.2 Abs.1 GG die Prägungen "oberstes Freiheitsrecht" und "Hauptgrundrecht" durch "Grundnorm der Freiheit" ersetzt werden. Auf diese Weise werde klargestellt, daß Art.2 Abs.1 GG nicht Berechtigungen mit unmittelbar entnehmbaren Einzelansprüchen gewähre, sondern als "Ordnungsnorm" ausschließlich dem objektiven Recht zuzurechnen sei.³⁷⁾

Obwohl WERTENBRUCH das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit mithin nicht zum Grundrecht erheben will, sind Wissenschaft und Praxis seines Erachtens nicht gehindert, "auf der Basis" des Art.2 Abs.1 GG mit gehöriger Vorsicht weitere Grundrechte durch Ableitung zu entwickeln.³⁸⁾

(nur objektivrechtlich in Erscheinung tretende) Grundrechtsbestimmung Grundlage für subjektive Privatrechte sein.

37) Vgl. WERTENBRUCH, Grundrechtsbegriff, S. 484.

38) Vgl. WERTENBRUCH, ebenda, S.486; derselbe, Sozialstaatlichkeit und Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, in Die Arbeiterversorgung 1961, S.33 ff. (40).

Damit wird die Gegnerschaft WERTENBRUCHS zur herrschenden Auffassung auf eine Gegensätzlichkeit der Begründungen beschränkt. Denn wenn der zunächst ausdrücklich als Nicht-Grundrecht bezeichnete Gewährleistungstatbestand des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG doch wieder zur Grundlage von sogen. Innominatrechten (zu diesem Begriff vgl. oben S. 9) erhoben wird, führt das in der Rechtspraxis zu demselben Ergebnis, wie wenn das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit von vornherein als (Auffang-) Grundrecht anerkannt wird.

Mit seiner These, Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG enthalte nur objektives Recht, könne aber gleichwohl als Grundlage für die Ableitung von Innominatrechten dienen, übergeht WERTENBRUCH die - mindestens innerhalb des öffentlichen Rechts - "äußerst zweifelhafte Frage, ob ein subjektives Recht überhaupt anders denn als 'Unterrecht' aus einem anderen subjektiven Recht abgeleitet werden kann" (KLEIN,

B Die unterschiedlichen Auffassungen zum Inhalt des
Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit

Angesichts der unbestimmten sprachlichen Fassung des Art.2 Abs.1 GG hat sich auch auf die Frage nach dem I n h a l t des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit bis heute noch keine Antwort herausgebildet, die als allgemeine Rechtsüberzeugung betrachtet werden könnte. Vielmehr werden in Lehre und Rechtsprechung drei - im Grundsätzlichen verschiedene - Auffassungen vertreten.

I. Die Persönlichkeitskerntheorie

Unter dem Kennwort "Persönlichkeitskerntheorie" versuchen einige Autoren und Gerichte, der "Abnutzung"³⁹⁾ und Entwertung des Art.2 Abs.1 GG durch eine Beschränkung der Entfaltungsfreiheit auf die "Auswirkung des echten Menschentums im Sinne der abendländischen Kulturauffassung"⁴⁰⁾ entgegenzuwirken.⁴¹⁾ Diese Auslegung läßt mithin nicht jedwedes Handeln

a.a.O., Vorbem. A II 4 d). Daß aus nur objektivem Verfassungsrecht Grundrechte im Sinne subjektiv-öffentlicher Rechte nicht hergeleitet werden können (vgl. hierzu auch unten S. 86), bringt z.B. NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.747, zum Ausdruck, indem er jene These WERTENBRUCHS als "unverständlich" bezeichnet.

39) So KLEIN, a.a.O., Anm. III 6 b zu Art.2.

40) So die Formulierung von Hans PETERS, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Laun-Festschrift, S.669 ff. (673).

41) So namentlich BACHOF, in DÖV 1954, S.352 (Buchbesprechung) (vgl. aber derselbe, Freiheit des Berufs, in Grundrechte, Bd.III, S.155 ff. (167)); EHMKE, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in VVdSt Bd.20 (1963), S.82 ff.; HAMEL, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S.31 f.; vgl. aber derselbe, Der Apothekenrabatt der Krankenkassen, in NJW 1967, S.1496 ff. (1498 f.); Walter JELLINEK, in VVdSt, Bd.11 (1954), S.124 (Diskussionsbeitrag); KLEIN, a.a.O., Anm. III 6 a zu Art.2; Hans PETERS, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Laun-Festschrift, S. 669 ff.; derselbe, Referat, S.47 ff.; derselbe, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchst-
-

auf allen Lebensgebieten als Schutzobjekt des Art.2 Abs.1 GG gelten⁴²⁾; vielmehr will sie nur solche Sachverhalte unter Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG subsumieren, bei denen eine Beeinträchtigung des Mindestmaßes menschlicher Handlungsfreiheit vorliegt, ohne das der Mensch seine Wesensanlage als geistig-sittliche Person überhaupt nicht entfalten kann⁴³⁾. Damit

terlichen Rechtsprechung, in BayVBl 1965, S.37 ff.; RIDDER, Preisrecht ohne Boden, in AÖR Bd.87 (1962), S. 311 ff. (329 f.); SCHEUNER, Pressefreiheit, in VVdSt Heft 22 (1965), S.1 ff. (38 mit Fn 111) (mit Vorbehalten); SCHÜLE, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in VVdSt Bd.11 (1954), S.75 ff. (85); SPANNER, in JZ 1965, S.692 (Buchbesprechung); ZINN-STEIN, Kommentar, S.109 (für das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Sinne des Art.2 HeVerf).

In der Rechtsprechung ist eine eindeutige Linie noch nicht zu beobachten. Am stärksten neigt der Bundesgerichtshof der Persönlichkeitskerntheorie zu; vgl. Urteil des BGH vom 20.5.1958 - IV ZR 104/57 - BGHZ 27, S.284 ff. (286) = DÖV 1958, S.701 = MDR 1958, S.679 = BB 1958, S. 748 = JZ 1959, S.60; Urteil des BGH vom 18.3.1959 - IV ZR 182/58 - BGHZ 30, S.7 ff. (11) = NJW 1959, S.1269 = MDR 1959, S.559; ebenso offenbar das Urteil des OVG Koblenz vom 16.5.1956 - 2 C 62/55 - in DÖV 1956, S.632; Urteil des VG Freiburg vom 12.9.1955 - 49/53 - (nicht rechtskräftig) in JZ 1956, S.18 ff. (25); wohl auch Beschluß des Bundesfinanzhofes vom 9.12.1953 - II 45/53 U - BFHE 58, S.308 ff. (310).

42) So aber NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.768, und die unten Fn 70 und 71 genannten Autoren und Gerichte.

43) So die gute Kennzeichnung der Persönlichkeitskerntheorie durch das Bundesverfassungsgericht im "Investitionshilfe"-Urteil (Urteil vom 20.7.1954 - I BvR 459,484,548,555,623, 651,748,783,801/52, 5,9/57, 96,114/54 - BVerfGE 4, S.7 ff. (15)). In ständiger Rechtsprechung deutet das Gericht den Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG als Garantie der menschlichen Handlungsfreiheit im weitesten Sinne (vgl. die unten Fn 71 genannten Entscheidungen). Nur in einer Entscheidung (Beschluß vom 14.7.1959 - 1 BvL 28/57 - BVerfGE 10, S.55 ff. (59)) hat das Gericht den Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG im Sinne der Persönlichkeitskerntheorie umschrieben; Nachdem es zunächst das freiheitsbeschränkende Gesetz auf seine Vereinbarkeit mit Art.14 GG geprüft hatte, zog es - insoweit ohne nähere Begründung - außerdem noch das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit als Prüfungsmaßstab heran; das beanstandete Gesetz verstoße nicht gegen Art.2 Abs.1 GG, weil, wie das Gericht ausführt, der "Kernbereich der menschlichen Persönlichkeit hier nicht berührt" werde. Angesichts nicht ganz eindeutiger Urteilskritiken bei

ordnet die Persönlichkeitskerntheorie den Inhalt des Art.2 Abs.1 GG in der Stufenfolge Kollektivismus - Personalismus - Individualismus dem Personalismus⁴⁴⁾ zu und geht folglich von einem betont wertbezogenen und weit stärker profilierten Menschenbild aus als diejenige Auffassung, derzufolge Art.2 Abs.1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit garantiert⁴⁵⁾. Wie sehr es der Persönlichkeitskerntheorie darauf ankommt, den Art.2 Abs.1 GG vor einem Herabsinken "von seiner sittlichen Höhe in die Flachheit einer unbestimmten allgemeinen Betätigungserlaubnis"⁴⁶⁾ zu bewahren und die Wirkungskraft des Art.2 Abs.1 GG auf den Kern des Person-Seins zu beschränken, ergibt sich aus der Tatsache, daß die Vertreter jener Theorie die Zweifel, die sich aus der Wortinterpretation und aus der systematischen Interpretation des Art.2 Abs.1 GG ergeben, hintanstellen. Günter DÜRIG⁴⁷⁾ versucht, mit

HAMANN, Nochmals: Die verfassungsmäßige Ordnung, in BB 1957, S.227 ff. (229), EHMKE, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, S.84, und SCHMIDT, Die Freiheit vor dem Gesetz, S.53, ist der Hinweis geboten, daß mit den in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art.2 Abs.1 GG enthaltenen Bezugnahmen auf "jenen letzten unantastbaren Bereich der Freiheit" (so z.B. Urteile vom 16.1.1957 - 1 BvR 253/56 - BVerfGE 6, S.32 ff. (41),; vom 10.5.1957 - 1 BvR 550/52 - BVerfGE 6, S.389 ff. (433); vom 12.11.1958 - 2 BvL 4,26,40/56, 1,7/57 - BVerfGE 8, S.274 ff. (329); vom 13.2.1964 - 1 BvL 17/61, 1 BvR 494/60, 128/61 - BVerfGE 17, S.232 ff. (251)) nur ein Hinweis auf den Wesensgehalt im Sinne von Art.19 Abs.2 GG, nicht aber eine Anlehnung an die Persönlichkeitskerntheorie gesehen werden kann (so zutreffend Ernst HESSE, Gesetzgeber, S.13 ff. mit Fußnoten 13 und 27).

44) So Hans PETERS, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Laun-Festschrift, S.669 ff. (671).

45) Siehe dazu unten S. 20 ff.

46) So Hans PETERS, Ist es verfassungsrechtlich zulässig, daß der Staat durch bestimmte Arbeitsschutzvorschriften auch Personen erfaßt, die keine oder nur solche Arbeitnehmer beschäftigen, welche infolge der Art oder Organisation des Betriebes insoweit nicht schutzbedürftig sind? in BABI 1954, S.205 ff. (207); in demselben Sinne Friedrich KLEIN, Von der Zulässigkeit zur Unzulässigkeit rückwirkender Steuergesetze. Eine Zwischenbilanz zum steuerlichen Rückwirkungsproblem, in StW 1954, Sp. 1-44 (26/27).

47) DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 11 zu Art.2 Abs.1.

Hilfe der Wortinterpretation seine ablehnende Einstellung gegenüber der Persönlichkeitskerntheorie zu erhärten und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus der Wertbezogenheit herauszulösen, in die es von der Persönlichkeitskerntheorie eingeordnet wird. Seinem klaren Wortlaut nach sei Schutzobjekt des Art.2 Abs.1 GG die Gesamtpersönlichkeit, das heißt, wie DÜRIG klärend hinzufügt, die "menschliche Vollexistenz auf allen Lebensgebieten". Mit der Feststellung, Persönlichkeit im Sinne von Art.2 Abs.1 GG bedeute nichts anderes als Person, versagt auch Hans Carl NIPPERDEY⁴⁸⁾ der Persönlichkeitskerntheorie seine Zustimmung. Die in Halbsatz 1 des Art.2 Abs.1 GG ausgesprochene Gewährleistung nur den Auswirkungen echten Menschentums im Sinne der abendländischen Kulturauffassung, also nur einem durch spezifische Wertvorstellungen umgrenzten Kernbereich des Menschseins, zugutekommen zu lassen, wäre nach NIPPERDEY allenfalls dann möglich, wenn Art.2 Abs.1 GG von der Entfaltung d e r Persönlichkeit oder von der Entfaltung z u r Persönlichkeit spräche.

Hintangestellt wird von der Persönlichkeitskerntheorie ferner ein Bedenken, das sich bei dem Bemühen um systematische Interpretation der Halbsätze 1 und 2 des Art.2 Abs.1 GG⁴⁹⁾ einstellt:

Bei Zugrundelegung der Persönlichkeitskerntheorie werden die Schranken des Art.2 Abs.1 GG - soweit es um die Begrenzung der Entfaltungsfreiheit selbst geht - entbehrlich; "denn es wäre nicht verständlich, wie die Entfaltung innerhalb dieses Kerns (der Persönlichkeit) gegen das Sittengesetz, die Rechte anderer oder sogar gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen könnte."⁵⁰⁾ Hans PETERS, der sich besonders stark für die Persönlichkeitskerntheorie eingesetzt hat, räumte zwar ein, daß die Schranken - soweit es um die Begrenzung

48) NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.770 und 772.

49) Zur wechselseitigen Abhängigkeit der Auslegung des Halbsatzes 1 und der Auslegung des Halbsatzes 2 s. unten S.23 f. und 66 ff.

50) So das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 16.1.1957 (s.oben Fn 6).

der Entfaltungsfreiheit selbst geht - vom Standpunkt des Personalismus aus ideologisch selbstverständlich seien⁵¹⁾; daß sie dennoch positiviert worden sind, erhöhe die Praktikabilität des Art.2 Abs.1 GG, - was besonders im Hinblick auf dessen Funktion als Eingriffsermächtigung⁵²⁾ zu begrüßen sei⁵³⁾. Daß bei Zugrundelegung der Persönlichkeitskerntheorie der "Soweit"-Satz des Art.2 Abs.1 GG nicht schlechthin überflüssig zu werden braucht⁵⁴⁾, ergibt sich aus den Darlegungen von PETERS zum Geltungsbereich des "Soweit"-Satzes⁵⁵⁾. Das Verhältnis des Art.2 Abs.1 GG zu den Einzelfreiheitsrechten der Art.4 ff. GG⁵⁶⁾ sei nicht das einer *lex generalis* zu *leges speciales*⁵⁷⁾. Damit sei der wünschenswerte Weg geöffnet, um die Schranken des Art.2 Abs.1 GG gleichzeitig für alle anderen Freiheitsgrundrechte gelten zu lassen.

Die Schutzwirkung des Art.2 Abs.1 GG lediglich dem Kernbereich der Persönlichkeit zugutekommen zu lassen, bedeutet jedoch keineswegs, daß es dem sich wirtschaftlich entfaltenden Menschen versagt sei, sich auf Art.2 Abs.1 GG zu berufen. Nur werden eben bei Zugrundelegung der Persönlichkeitskerntheorie einzelne Rechtsfälle des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens nur selten in der Ebene liegen, in welcher sich der im Sinne der Persönlichkeitskerntheorie verstandene Art.2 Abs.1 GG bewegt.⁵⁸⁾⁵⁹⁾

51) Vgl. Hans PETERS, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Laun-Festschrift, S.669 ff. (674).

52) Hans PETERS, Referat, S.73 und 82 (Diskussionsbeiträge).

53) Zu der Umschreibung, die Hans PETERS den in diesem Sinne "überflüssigen" Schranken zuteil werden läßt, vgl.unten S. 36 ff.

54) So aber offenbar NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.774.

55) Siehe Hans PETERS, Referat, S.50.

56) Gemeint sind offensichtlich die Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG.

57) Dies ist eine zwingende Folge aus der Beschränkung des Art.2 Abs.1 GG auf den Kern der Persönlichkeit; denn die Einzelgrundrechte der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG garantieren mehr als nur denjenigen Bereich, der "Ausfluß des echten Menschentums im Sinne der abendländischen Kulturauffassung" ist.

58) Vgl. Hans PETERS, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Laun-Festschrift, S.669 ff. (673).

59) Diese ausdrückliche Hervorhebung erscheint angebracht,

II. Der Auslegungsversuch LERCHEs

Für Peter LERCHE⁶⁰⁾ stellt sich die Frage nach dem Inhalt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Zuge seiner Überlegungen, ob entsprechend der herrschenden Auffassung bei der Auslegung der Grundrechtsschranken, insbesondere der "verfassungsmäßigen Ordnung", des Art.2 Abs.1 GG die aus dem Verwaltungsrecht stammenden Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit zu berücksichtigen seien. LERCHE hebt die Risiken hervor, die sich bei Berücksichtigung dieser generalklauselartigen Grundsätze für die Effektivität des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG ergeben, und versucht demgemäß, am Beispiel der "verfassungsmäßigen Ordnung" darzutun, wie die drei schrankenbildenden Begriffe des "So weit"-Satzes ausgelegt werden sollen.⁶¹⁾ Dieser Versuch einer neuen Deutung der "verfassungsmäßigen Ordnung" führt dann, da die Auslegung der Entfaltungsfreiheit und die Schrankeninterpretation sich gegenseitig bedingen⁶²⁾, zwangsläufig zu einer Umschreibung der Entfaltungsfreiheit selbst. Die im Zuge der Schrankeninterpretation mithin hervortretende Inhaltsbestimmung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit wird bei diesem Auslegungsversuch von LERCHE schließlich wie folgt umschrieben: Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit schütze die Individualität des Grundrechtsträgers. Das bedeute jedoch nicht, daß der Wirkungsbereich des Art.2 Abs.1 GG auf gewisse werterfüllte Höhenlagen der individuellen Entfaltung⁶³⁾ im Sinne der Persönlichkeitskerntheorie be-

weil in der Literatur (typisch etwa HAMANN, Kommentar, 2.Aufl., Anm. B 3 o zu Art.2; Jörg Paul MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, S.128 (mit Fußnote 4)) die Persönlichkeitskerntheorie bisweilen so dargestellt wird, als schließe sie die wirtschaftliche Betätigung aus der Entfaltungsfreiheit im Sinne von Art.2 Abs.1 GG aus. Vgl. hierzu auch Hans PETERS, Referat, S.29 und 44 (mit Fußnote 124).

60) LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.292 ff.

61) LERCHE, a.a.O., S.299 f.

62) Zur wechselseitigen Abhängigkeit der Auslegung des Halbsatzes 1 und der Auslegung des Halbsatzes 2 von Art.2 Abs.1 GG s. unten S. 23 f. und S. 66 ff.

schränkt werden müsse.⁶⁴⁾ In der Erkenntnis, daß sich der Inhalt des Entfaltungsrechts und der Inhalt des "Soweit"-Satzes nur durch eine Zusammenschau der beiden Halbsätze des Art.2 Abs.1 GG erschließen lassen, projiziert LERCHE den für Halbsatz 1 des Art.2 Abs.1 GG gefundenen Auslegungsmaßstab auf die Schrankenseite. Das Ergebnis dessen faßt er dahingehend zusammen, daß zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG das von verfassungseigenen Aufträgen, von Verfassungsdirektiven Geforderte gehöre. Aus dieser Zusammenschau der beiden Halbsätze erwächst schließlich folgende Inhaltsbestimmung: Einfache Gesetze, die im Vollzug derartiger Verfassungsaufträge ergehen, begrenzen und **b e z e i c h - n e n** ⁶⁵⁾ die Substanz der Entfaltungsfreiheit des Art.2 Abs.1 GG.⁶⁶⁾⁶⁷⁾

63) So wörtlich LERCHE, a.a.O., S.299, unter Bezugnahme auf Hans PETERS, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Laun-Festschrift, S.669 ff.; vgl. auch LERCHE a.a.O., S.300.

64) Also ist für LERCHE die Stufenfolge: Individualismus - Personalismus - Kollektivismus, an der sich die Persönlichkeitskerntheorie orientiert, offenbar nicht verbindlich. Die Individualität des Grundrechtsträgers, wie LERCHE sie durch Art.2 Abs.1 GG garantiert sieht, nimmt einen engeren Raum ein, als das dem Individualismus entspringende Idealbild, und sie beansprucht ein weiteres Feld, als es das Menschenbild des Personalismus fordert.

65) Hervorhebung nur hier. Zu der Tatsache, daß die Grundrechte ihre Inhaltsbestimmung auch durch ihre Schranken erfahren, Näheres bei HAMEL, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S.45.

66) LERCHE, a.a.O., S. 300.

67) LERCHEs Versuch, den Inhalt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit festzulegen, führt also zunächst nur zu einer Bestimmung dessen, was **n i c h t** unter Art.2 Abs.1 GG zu subsumieren sei. Diese allein vom Negativen her erfolgende Auslegung ist ein Beleg für die generelle Feststellung von Hans PETERS, daß es für die Theorie schwierig sei, praktikabel zu sagen, was freie Entfaltung der Persönlichkeit ist, und daß auch und gerade bei Art.2 Abs.1 GG das Grundsätzliche leichter gesagt sei als die konkrete Entscheidung. (Vgl. Hans PETERS, Referat, S.74 und 77 (Diskussionsbeiträge)).

III. Die Kennzeichnung des Art.2 Abs.1 GG als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit

Mit dem Vorwurf, die Persönlichkeitskerntheorie und die von LERCHE gegebene Auslegung⁶⁸⁾ engten den Kreis der Schutzbjekte des Art.2 Abs.1 GG in unzulässiger Weise ein⁶⁹⁾, setzt sich die herrschende Lehre⁷⁰⁾ von den vorstehend unter I) und II) genannten Auslegungen ab und betrachtet im Einklang mit

68) Eine spezielle, ausführliche Auseinandersetzung mit der Ansicht LERCHEs hat in der Literatur, soweit ersichtlich, noch nicht stattgefunden. Auch NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.770 ff., richtet den in Rede stehenden Vorwurf nicht ausdrücklich gegen LERCHE. Das Eintreten NIPPERDEYs für eine möglichst weite Auslegung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit läuft jedoch implizite auf eine Kritik an all denjenigen Ansichten hinaus, die, wie die Auffassung LERCHEs, eine verhältnismäßig enge Auslegung enthalten. Äußerungen, die auf eine Befürwortung der von LERCHE gegebenen Deutung schließen lassen, finden sich bei EVERS, Zur Auslegung von Art.2 Abs.1 GG, in AÖR Bd.90 (1965), S.88 ff. (91 f.).

69) In diesem Sinne besonders prägnant NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.770 ff.; EVERS, a.a.O., S.88 ff.

70) Vgl. BRINKMANN, Freiheit und Verfassung, S.400 f.; DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 11 zu Art.2 Abs.1; FORSTHOFF, Zur verfassungsmäßigen Problematik der Investitionshilfe, in BB 1953, S.421 ff.; GIESE-SCHUNCK, Grundgesetz, Anm.II 2 zu Art.2; GREWE, Schutz und Grenzen der Außenwerbung nach dem Grundgesetz, in Der Markenartikel 1951, S.243 ff.; Ernst Rudolf HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.I, S.660 f.; KOELLREUTER, Deutsches Staatsrecht, S.53; Herbert KRÜGER, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, in DVBl 1950, S.625 ff. (627); Dietrich KÜCHENHOFF, Die Beschränkbarkeit des Rechts auf Persönlichkeitsentfaltung durch Gesetz, in DÖV 1966, S.224; LARENZ, Das "Allgemeine Persönlichkeitsrecht" im Recht der unerlaubten Handlungen, in NJW 1955, S.521 ff.; VON MANGOLDT, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Anm.2 zu Art.2; MAUNZ, Deutsches Staatsrecht (16. Aufl.), S.108; MEYER-CORDING, Die Rückwirkung von Gesetzen, in JZ 1952, S.161 ff.; NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.768 ff.; RUPP, Beweisverbote in verfassungsrechtlicher Sicht, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, Bd.I 3 A S.185 ff. (insbesondere S.195); STRICKRODT, Das Kartellverbot in verfassungsrechtlicher Betrachtung, in NJW 1955, S.1699; WENZEL, in NJW 1967, S.1362 (Buchbesprechung); WINTRICH, Zur Auslegung und Anwendung des Art.2 Abs.1 GG, in Apelt-Festschrift, S.4.

der Mehrzahl der Gerichtsentscheidungen⁷¹⁾ den Art.2 Abs.1 GG als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit schlechthin. Der Begriff "Persönlichkeit" im Sinne von Art.2 Abs.1 GG umfaßt also nach dieser Auslegung die "menschliche Vollexistenz auf allen Lebensgebieten"⁷²⁾, so daß es hier - im Gegensatz zur Persönlichkeitskerntheorie - auf die von der Philosophie, Anthropologie und Psychologie herausgearbeitete Unterscheidung von Person und Persönlichkeit nicht ankommt⁷³⁾. Das bedeutet: Nach der herrschenden Auffassung ist unter Art.2 Abs. 1 Halbs.1 GG ein Bereich von Lebensgebieten zu subsumieren, als dessen äußerste Grenzlinie - von der Intensität des Personseins her gesehen - einerseits die "vita contemplativa"⁷⁴⁾

71) Am entschiedensten tritt das Bundesverfassungsgericht für die allgemeine Handlungsfreiheit ein (ständige Rechtsprechung; zuerst im Urteil vom 16.1.1957, s.oben Fn 6; in jüngster Zeit im Urteil vom 5.8.1966 - 1 BvF 1/61 - BVerfGE 20, S.150 ff. = NJW 1966, S.1651 ff. = DVBl 1966, S.744 = DÖV 1966, S.712 = JZ 1966, S.609. Auch das Bundesverwaltungsgericht sieht seit dem Urteil vom 20.6.1958 - VII C 111,57 - BVerwGE 7, S.125 ff. in Art.2 Abs.1 GG die Garantie der "allgemeinen Handlungsfreiheit"; so auch neustens wieder im Urteil vom 18.7.1967 - I C 9/66 (Münster) - BVerwGE 27, S.303 ff. (305) = NJW 1968, S.218 ff. (219); vgl. aber auch Urteil vom 17.1.1958 - BVerw VII C. 30.57 - BVerwGE 6, S.141, wo das Gericht noch einer engen, auf die Persönlichkeitskerntheorie hinauslaufenden Deutung den Vorzug gab. Dem Bundesverfassungsgericht folgen weiterhin das Bundesarbeitsgericht mit seinem Urteil vom 13.1.1956 - 1 AZR 167/55 - BAGE 2, S.275 sowie die Mehrzahl der nachgeordneten Gerichte (z.B. Urteil des OVG Lüneburg vom 9.1.1952 - IV OVG-A 463- /51- NJW 1952, S.1230 ff.; Urteil des Württ.-Bad.VGH vom 25.2.1958 - 3 K 121/57 - ESvGH 7, S.178 ff. (182); Urteil des OLG Frankfurt vom 5.10.1955 - 1 Ss 606/55 - NJW 1956, S.561; Urteil des OVG Lüneburg vom 12.7.1960 - V OVG A 107/58 - Amtl.Entsch.Sammlung Bd. 15, S.492 ff. (495); Entscheidung des BayVerfGH vom 10.5.1967 - Vf.44 - VI-64 - NJW 1968, S.99 ff. (102). Hin- gegen tendieren die wenigen einschlägigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesfinanzhofs offenbar zur Persönlichkeitskerntheorie; vgl. hierzu die oben Fn 41, zweiter Absatz, genannten Entscheidungen.

72) So wörtlich DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Rn 11 zu Art.2 Abs.1.

73) Vgl. ROEMER, Zum Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, S.545 ff. (553).

74) So ROEMER, a.a.O., S.569, unter Zustimmung von NIPPERDEY,

und andererseits jener Ausdruck des Personseins erscheint, der gerade noch der "verfassungsmäßigen Ordnung" und dem "Sittengesetz" sowie dem Gebot, nicht gegen die "Rechte anderer" zu verstoßen, entspricht.⁷⁵⁾

IV. Art.2 Abs.1 GG als "magna charta der Sozialen Marktwirtschaft"

Sieht die herrschende Lehre in Art.2 Abs.1 GG eine Garantie der Handlungsfreiheit in allen, also auch in den wirtschaftlichen Lebensbereichen, so schreibt eine kleine, aber wortstarke Gruppe von Autoren⁷⁶⁾ dem Art.2 Abs.1 GG eine noch weitergehende Funktion zu:

Im Rahmen der besonders von Hans Carl NIPPERDEY begründeten Lehre, wonach die Wirtschaftsverfassung der Sozialen Marktwirtschaft im Grundgesetz festgelegt sei, wird der Art.2 Abs.1 GG als "magna charta der Sozialen Marktwirtschaft"⁷⁷⁾ gekennzeichnet.⁷⁸⁾ Dabei bedinge das in die Schranke "ver-

Entfaltungsfreiheit, S.768.

- 75) Danach liegt es auf der Hand, daß auf wirtschaftlichem Gebiet der im Sinne der herrschenden Lehre gedeutete Inhalt des Halbsatzes 1 von Art.2 Abs.1 GG viel häufiger zum Tragen kommen wird als bei Zugrundelegung der Persönlichkeitskerntheorie.
- 76) GIESE, Die Unanwendbarkeit des Nachtbackverbots auf mehrschichtige Betriebe der Brotindustrie, in BABI 1955, S. 120 ff. (121); GUTMANN-HOCHSTRATE-SCHLÜTER, Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, S.15; NIPPERDEY, Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, in DRZ 1950, S.193 ff.; derselbe, Entfaltungsfreiheit, S.870 ff.; derselbe, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S.20 ff. Auch ERLINGHAGEN, Der Streit um die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik, in Herrfahrdt-Festgabe, S.11 ff. (13), erachtet offenbar die Soziale Marktwirtschaft als das vom Grundgesetz gewollte Wirtschaftsmodell.
- 77) So wörtlich NIPPERDEY, Die Soziale Marktwirtschaft in der Bundesrepublik, S.16; derselbe, Entfaltungsfreiheit, S.812 und 826.
- 78) Gegen diese Auffassung hat am ausführlichsten EHMKE, Wirtschaft und Verfassung, S.18 ff., Stellung genommen.

fassungsmäßige Ordnung" einzubeziehende Sozialstaatsprinzip die Ausgestaltung der Marktwirtschaft zur Sozialen Marktwirtschaft.

Hans Carl NIPPERDEY gelangt zu dieser Charakteristik des Art.2 Abs.1 GG dadurch, daß er zunächst die einzelnen Komponenten des wirtschaftswissenschaftlichen Modells "Soziale Marktwirtschaft" als im Grundgesetz festgelegt erachtet⁷⁹⁾ und sodann - insoweit in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre - die zentralen Komponenten dieser Modellform, nämlich die Wettbewerbs-, die Konsum- und die Vertragsfreiheit sowie die Produktionsfreiheit, als besondere Ausprägungen des im Sinne von "Allgemeiner Handlungsfreiheit" gelesenen Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit sieht. Vor diesem Hintergrund ist die Soziale Marktwirtschaft für Hans Carl NIPPERDEY nicht nur die vom Grundgesetz ermöglichte, sondern die nach dem Grundgesetz unumgängliche Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland.

C Die unterschiedlichen Auffassungen zum Inhalt der schrankenbildenden Begriffe in Art.2 Abs.1 GG

Der Inhalt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit erschließt sich nur durch eine Zusammenschau des Gewährleistungstatbestandes und der schrankenbildenden Begriffe des Art.2 Abs.1 GG; übergeordneter Gedanke jedweder Aus-

79) Als derartige Komponenten nennt NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.877, folgende Grundrechte:

1. die - von NIPPERDEY unter dem Sammelbegriff "Gewerbe-freiheit im weiteren Sinne" zusammengefaßten - speziellen Freiheitsrechte des homo oeconomicus:
das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit,
das Grundrecht der Konsumfreiheit,
das Grundrecht der Vertragsfreiheit,
das Grundrecht der Produktionsfreiheit,
2. das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art.12 GG)
3. die Gewährleistung des Eigentums und des Erbrechts

sage zu Art.2 Abs.1 GG muß die Erkenntnis sein, daß jede Deutung des ersten Halbsatzes die Auslegung der Schrankentrias präjudiziert und umgekehrt. Diese Grundregel trägt der Einsicht Rechnung, daß die Grenzen der Freiheit zum Wesen der Freiheit gehören⁸⁰⁾ und Art.2 Abs.1 GG - nach einer Formulierung Ludwig RAISERS⁸¹⁾ - "die schlichte Wahrheit" enthält, "daß der Mensch im Recht nicht ohne den Mitmenschen gesehen werden darf".

Ungeachtet der umstrittenen Frage, ob die dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und anderen Grundrechten des Grundgesetzes ausdrücklich hinzugefügten Schranken als Relativierung des Gewährleisteten⁸²⁾ oder nur als Mittel zur näheren Bestimmung der Grundrechtsgewährleistung anzusehen sind⁸³⁾, kann man die Bedeutung der schrankenbildenden Begriffe des Art.2 Abs.1 GG in allgemeiner Form wie folgt umschreiben:

Halbsatz 2 des Art.2 Abs.1 GG vermindert die Gefahr, daß die Entfaltungsfreiheit in unvertretbarem Maße zu Lasten der Gemeinschaft in Anspruch genommen wird, daß die Freiheit der Gemeinschaft durch die Freiheit des Individuums gefährdet, die Freiheit des Individuums also mißbraucht wird.⁸⁴⁾ Der soziale Rechtsstaat des Bonner Grundgesetzes verlangt, wie Christian-Friedrich MENDER⁸⁵⁾ in Anlehnung an das Postulat "Eigentum verpflichtet" gesagt hat, bei der Auslegung des Art.2 Abs.1 GG die Anerkennung des Satzes "Freiheit verpflichtet". Mit den drei schrankenbildenden Begriffen des Art.2 Abs.1 GG hat der Verfassungsgeber die mögliche Konkurrenz zwischen dem Inhaber des Rechts auf freie Entfaltung

(Art.14 GG)

4. das Grundrecht der Arbeitsfreiheit (Art.12 GG).

80) So z.B. FECHNER, Die soziologische Grenze der Grundrechte, S.3.

81) RAISER, Vertragsfreiheit heute, in JZ 1958, S.1 ff. Fn 31.

82) So im Ergebnis LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 99 ff. (mit weitreichenden Literaturangaben).

83) Diese Auffassung vertritt namentlich KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Vorbem. B XV 1 b.

84) Vgl. hierzu FECHNER, a.a.O., S.3.

85) MENDER, Sozialer Rechtsstaat, S. 27.

der Persönlichkeit und anderen schützenswerten Rechtsträgern 86) sichtbar gemacht; zugleich hat er durch die Schaffung dieser Grundsatznorm die allgemeine Auffassung verbrieft, daß einem Freiheitsrecht die unausweichliche Pflicht zur Rücksichtnahme innewohnt, ja, daß ein Grundrecht nur als ein Recht auf Gegenseitigkeit anzusehen ist, weil nur so die Freiheit aller gesichert werden kann.⁸⁷⁾

Die zwischen Gewährleistungstatbestand und Schrankentatbestand mithin bestehenden Wechselbeziehungen wie überhaupt die Tatsache, daß die beiden Halbsätze des Art.2 Abs.1 GG ein einheitliches Ganzes darstellen,⁸⁸⁾ zwingen dazu, an die Darstellung der Auffassungen zum ersten Halbsatz dieses Artikels einen Überblick über den Streitstand zum zweiten Halbsatz anzufügen.

Im folgenden werden zunächst die unterschiedlichen Auffassungen zum Inhalt der "Rechte anderer", des "Sittengesetzes" und der "verfassungsmäßigen Ordnung" wiedergegeben. Die Erörterung, inwieweit die vielfältigen Einzelaussagen zum ersten und zum zweiten Halbsatz des Art.2 Abs.1 GG jene Wechselbeziehungen berücksichtigen, bleibt einem besonderen Teil der vorliegenden Untersuchung vorbehalten.⁸⁹⁾

I. Die "Rechte anderer"

1. Jeder Interpret des zweiten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG ist zwar bereit, als "Rechte anderer" sowohl subjektive öffentliche als auch subjektive private Rechte der Rechtsgenossen und der juristischen Personen des Privatrechts gelten zu lassen. Bei der Frage, ob sämtliche Rechte dieser Art als

86) Siehe hierzu LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.125 f.

87) FECHNER, Die soziologische Grenze der Grundrechte, S.1 ff. (insbesondere S.3); MENDER, a.a.O., S.25 ff.

88) RAISER, a.a.O., S. 5f., spricht in diesem Zusammenhang von "spannungsreicher Einheit"; vgl. auch WERTENBRUCH, Grundrechtsbegriff, S.486.

89) Siehe Teil F, unten S. 66 ff.

"Rechte anderer" zu erachten seien, gehen die Meinungen jedoch auseinander. Der bei weitem herrschenden Lehre⁹⁰⁾, die diese Frage bejaht⁹¹⁾, setzt Friedrich KLEIN⁹²⁾ eine wesentlich engere Umschreibung entgegen. Für ihn erlangt die Auslegung der "Rechte anderer" wie auch der anderen Komponenten des Art.2 Abs.1 Halbs.2 GG besondere Bedeutung, weil er diese Schranken als sogenannten allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt grundsätzlich für a l l e Freiheitsbestimmungen des GG gelten lassen will.⁹³⁾

Im Vergleich zur herrschenden Lehre umschreibt KLEIN die "Rechte anderer" insofern wesentlich enger, als nach seiner Auffassung nur solche subjektiven (öffentlichen und privaten) Rechte durch Einbeziehung in die "Rechte anderer" Schranken einer Freiheitsrechtsbestimmung werden können, die - wie z. B. die durch Art.14 Abs.1 GG gesicherten Eigentümerbefugnisse der §§ 903 ff. BGB - ihre Wertgehaltsgrundlage im Grund-

90) z.B. DÜRIG, a.a.O., Rn 13 zu Art.2 Abs.1; HAMANN, Kommentar, 2.Aufl., Anm. B 5 zu Art.2; NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.781.

91) Demgemäß ist auch das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (bei Anerkennung seines Grundrechtscharakters) als "Recht anderer" zu betrachten; so NIPPERDEY, a.a.O., S.782; SCHOLTISSEK, Innere Grenzen der Freiheitsrechte, in NJW 1952, S.561 ff. (562); Urteil des OVG Hamburg vom 12.3.1956 - Bf II 83/55 - DÖV 1956, S.627. Ablehnend LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.113. Zu der Frage, wie die mithin denkbare Gegnerschaft zweier Inhaber des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zu lösen sei, vgl. DÜRIG, a.a.O., Rn 13 (mit Fn 1) zu Art.2 Abs.1; DÜRIG empfiehlt für jeden konkreten Fall eine Wertabwägung.

92) KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm. IV 1 zu Art.2. Während DÜRIG, ebenda, und NIPPERDEY, ebenda, die von KLEIN vertretene Gegenmeinung übersehen und ihre Auffassung als "zweifelsfrei" (DÜRIG) und "unbestritten" (NIPPERDEY) hinstellen, ist WERTENBRUCH, Grundgesetz und Menschenwürde, S.132, offenbar bereit, diese Gegenmeinung zu unterstützen; zu einer insoweit engen Auslegung der "Rechte anderer" neigt auch Hans PETERS, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Laun-Festschrift, S.669 ff. (678).

93) KLEIN, a.a.O., Vorbem. B XV 3 a.

gesetz haben, wobei nach KLEIN folgende weitere Einengung zu beachten ist: Ein subjektives Recht mit grundgesetzlicher Wertgehaltsgrundlage kann als "Recht anderer" auch nur dann Schranke sein, wenn es diese Wertgehaltsgrundlage "anderwärts", also nicht gerade in der Freiheitsrechtsbestimmung hat, um deren Einschränkung es im konkreten Einzelfall geht.⁹⁴⁾ Sodann können, wie KLEIN ausführt, subjektive Rechte anderer jeweils dann keine Schrankenwirkung entfalten, wenn die gewünschte und mit Hilfe der Rechte anderer im Sinne von Art.2 Abs.1 GG an sich mögliche Einschränkung einer in Anspruch genommenen Freiheitsrechtsbestimmung sachlich bereits deshalb möglich wird, weil mit ein und derselben Freiheitsbetätigung zugleich noch eine weitere, anderweitig beschränkte oder beschränkbare Freiheitsrechtsbestimmung in Anspruch genommen wird.

In derartigen Fällen werden mithin, wie KLEIN im Rahmen seiner Lehre von den Grundrechtsschranken sagt, die Rechte anderer im Sinne von Art.2 Abs.1 Halbs.2 GG schon durch sogenannte systematische sachliche Gewährleistungsschranken erfaßt, und für die Beschränkungsfunktion dieser Komponente des "Soweit"-Satzes verbleibt dann kein Wirkungsfeld.

2. Auch gegen die Subsumtion der Rechtsreflexe oder Reflexrechte unter die "Rechte anderer" sind in Literatur und Rechtsprechung keine Bedenken vorgetragen worden.⁹⁵⁾

3. Die Frage, ob bloße Interessen einzelner privatrechtlicher Rechtssubjekte den "Rechten anderer" zuzuordnen sind, wird

94) Demgemäß kann die (nach der herrschenden Meinung zulässige) Beschränkung des ersten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG durch Einbeziehung der dort festgelegten Entfaltungsfreiheit nicht in Betracht kommen, - ganz abgesehen davon, daß dem im Sinne KLEINS gelesenen "Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit" mangels rechtlicher Subjektivität die Kennzeichnung als "Recht anderer" ohnehin versagt bliebe (s.oben S.7 f.).

95) Siehe z.B. KLEIN, a.a.O., Anm. IV 1 a zu Art.2.

von einigen wenigen Autoren bejaht⁹⁶⁾. Die Gegner dieser weiten Auslegung verweisen auf die Gefahr einer Verwässerung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit⁹⁷⁾ und auf die schöpferischen Impulse, die gerade aus der Auseinandersetzung der individuellen Interessen erwachsen⁹⁸⁾.

4. Im Zuge der Erörterung der "Rechte anderer" werden die Meinungsverschiedenheiten über die Bewertung der Rechte des Staates sowie der Rechtsgüter und Interessen der Allgemeinheit besonders lebhaft ausgetragen.

a) Während die Rechte des als Fiskus in Erscheinung tretenden Staates einhellig den "Rechten anderer" zugeordnet werden⁹⁹⁾, ist es streitig, ob auch die Rechte des hoheitlich handelnden Staates, zum Beispiel der staatliche Steueranspruch, unter diese Grundrechtsschranke zu subsumieren sind.¹⁰⁰⁾ Von den Gegnern einer derartigen Subsumtion¹⁰¹⁾ wird auf die Möglichkeit hingewiesen, Rechte des hoheitlich handelnden Staates der Schranke "verfassungsmäßige Ordnung" zuzuweisen. In-

96) PFEIFFER, Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, S.64; WÜRDINGER, in RGR-Kommentar, 2.Aufl. (1953), Allgemeine Einleitung, Anm.49.

97) Vgl. DÜRIG, a.a.O., Rn 13 zu Art.2 Abs.1; HAMANN, Kommentar, 2.Aufl., Anm. B 5 zu Art.2; KLEIN, a.a.O., Anm. IV 1 a zu Art.2; Urteil des VGH München vom 18.5.1960 - 127 IV 56 - DVBl 1960, S.528 ff. (529).

98) So NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.783.

99) Vgl. DÜRIG, a.a.O., Rn 14 zu Art.2 Abs.1; KLEIN, a.a.O., Anm. IV 1 a zu Art.2; WERTENBRUCH, Grundgesetz und Menschenwürde, S.132.

Die auf das gegenteilige Ergebnis hinauslaufende Argumentation HAMANNs, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S.42, und Kommentar, 2.Aufl., Anm. B 5 zu Art.2 Abs.2, kann hier nicht als ausdrückliche Gegenmeinung aufgeführt werden, da sie von einer irrtümlichen Fragestellung ausgeht; vgl. hierzu DÜRIG, a.a.O., Rn 14 (mit Fußnote 1) zu Art.2 Abs.1.

100) Für diese Subsumtion tritt KLEIN, a.a.O., Anm. IV 1 a zu Art.2, ein; desgleichen Hans PETERS, Gutachten zum Entwurf eines Straßenentlastungsgesetzes, S.19.

101) DÜRIG, a.a.O., Rn 14 zu Art.2 Abs.1; Herbert KRÜGER, Neues zur Freiheit der Persönlichkeitseinfaltung und deren Schranken, in NJW 1955, S.201 ff. (203); NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.785.

dessen bietet dieser Hinweis gerade denjenigen Autoren keine Alternative, die - wie Friedrich KLEIN¹⁰²⁾ und Hans PETERS¹⁰³⁾ - hoheitliche Befugnisse des Staates als "Rechte anderer" ansehen und zugleich den Inhalt der Schranke verfassungsmäßige Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG so eng umschreiben, daß für die Einbeziehung derartiger Hoheitsrechte kein Raum mehr bleibt.

b) Einige Autoren und Gerichte, welche in die "Rechte anderer" auch solche Interessen der Allgemeinheit, die dem Schutz der individuellen Lebenssphäre dienen - zum Beispiel ein Recht auf Gesundheit - einbeziehen,¹⁰⁴⁾ haben in Lehre und Rechtsprechung nur geringen Anklang gefunden. Die herrschende Meinung¹⁰⁵⁾ stellt auf die Wesensverschiedenheit von privatem und öffentlichem Interesse ab¹⁰⁶⁾ und hebt hervor, daß in erster Linie die Schranke "verfassungsmäßige Ordnung" für die Rechtfertigung von Gemeinwohlbindungen in Betracht zu ziehen sei. Andernfalls werde der Weg freigegeben, vermittels der "Rechte anderer" den Vorbehalt des einfachen Gesetzes zu statuieren¹⁰⁷⁾.

c) Mit ebendenselben Argumenten wird gegen die weiteste der zu den Rechten anderer im Sinne von Art.2 Abs.1 GG entwickel-

102) KLEIN, a.a.O., Anm. IV 2 a zu Art.2; vgl. auch unten S. 37 ff.

103) PETERS, Referat, S.21 und 49, S.73 (Diskussionsbeitrag); vgl. auch unten S. 36 ff.

104) So Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4.3.1954 - I C 2/53 - VerwRSpr 7, S.349 ff. (350); Urteil des VG Hamburg vom 6.8.1952 - Az 42/51 - DÖV 1953, S.186; HAMANN, in NJW 1954, S.614 (Urteilsanmerkung); Hans PETERS, Gutachten, S. 21.

105) Vgl. z.B. DÜRIG, a.a.O., Rn 15 zu Art.2 Abs.1; HAMANN, Kommentar, 2.Aufl., Anm. B 5 zu Art.2; Herbert KRÜGER, Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat, in BB 1953, S.565; NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.786; im Ergebnis mit der herrschenden Lehre übereinstimmend Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 6.Aufl., § 33 V.

106) So insbesondere DÜRIG, a.a.O., Rn 15 zu Art.2 Abs.1; NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.786.

107) Vgl. KLEIN, a.a.O., Anm. IV 1 a zu Art.2.

ten Auslegungen Front gemacht: gegen die Auffassung, daß diese Grundrechtsschranke auch die kollektiven Rechte der anderen, d.h. der Gemeinschaft - z.B. das Recht der Gemeinschaft auf Erhaltung der Sicherheit und Ordnung - umfasse¹⁰⁸⁾. Offenbar wegen der Stärke der oben angeführten Oppositionsstimmen ist diese Auslegung der "Rechte anderer" in jüngster Zeit nicht wieder aufgegriffen worden.

II. Die "verfassungsmäßige Ordnung"

Während es sich bei dem Begriff "Rechte anderer" und, wie noch zu zeigen sein wird, bei dem Begriff "Sittengesetz" um Generalklauseln mit begrenztem Auslegungsspielraum handelt, muß die Generalklausel "verfassungsmäßige Ordnung" in ihrer Weite geradezu als Einfallstor mannigfaltiger rechtspolitischer Tendenzen bezeichnet werden. Die Mühe, die Theorie und Praxis auf die Auslegung gerade dieser Grundrechtsschranke verwandt haben, erscheint besonders deshalb gerechtfertigt, weil hier - stärker noch als bei der Umschreibung der "Rechte anderer" und des "Sittengesetzes" - das Verhältnis von individueller Freiheit und Bindung des einzelnen an die Gemeinschaft bestimmt werden kann¹⁰⁹⁾. Der dementsprechend vielschichtige Streitstand zu dieser Grundrechtsschranke sowie gewisse gemeinsame Tendenzen der einzelnen Streitmeinungen werden am besten überschaubar, wenn die einschlägigen Stellungnahmen nach der Weite der ihnen zugrundeliegenden Auslegung systematisiert und demgemäß in folgende Kategorien

108) Diese Auffassung wird vertreten von DIPPER, Bedürfnisprüfung im Gaststättengewerbe nach dem Bonner Grundgesetz, in NJW 1952, S.601 ff. (603); NAUMANN, Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit, in JZ 1951, S.423 ff. (428); REUSS, Der "numerus clausus" im Gewerberecht und für freie Berufe, in NJW 1951, S.777; WÜRDINGER, in RGR-Kommentar, 2.Aufl. (1953), Allg.Einl., Anm.49; ebenso Urteil des VGH Freiburg vom 5.7.1951 - Az 52/50 - in DVBl 1951, S.655 ff.; Urteil des OLG Hamm vom 19.3.53 - (2) Ss 628/52 - in BB 1953, S.1013; Urteil des OVG Koblenz vom 8.12.1953 - ZA 35/53 - DÖV 1954, S.279 (280); Urteil

eingruppiert werden¹¹⁰⁾;

die Gleichsetzung der "verfassungsmäßigen Ordnung" mit dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt;
die Beschränkung der "verfassungsmäßigen Ordnung" auf die elementaren Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers;
die Umschreibung der "verfassungsmäßigen Ordnung" entsprechend den Klauseln vordringlicher Allgemeininteressen¹¹¹⁾;
die Beschränkung der "verfassungsmäßigen Ordnung" auf bestimmte Verfassungsdirektiven.

1. Die Gleichsetzung der "verfassungsmäßigen Ordnung" mit dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt

Nachdem zunächst Hermann VON MANGOLDT¹¹²⁾ unter lebhaftem

des OVG Hamburg vom 5.9.1951 - Bf I 131/51 - in Verw Rspr.4, Nr.77, S.380 ff.

- 109) In diesem Sinne NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.789; Herbert KRÜGER, Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, in NJW 1955, S.201 ff. (203); RUPP, Beweisverbote in verfassungsrechtlicher Sicht, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, Bd.I 3 A, S.185 ff. (201).
- 110) Hingegen trägt es nicht zur Übersichtlichkeit bei, wenn - wie bei IPSEN, Gutachten, S.26 Fußnote 26 - die Gegner der auf einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt hinauslaufenden Schrankeninterpretation unterschiedlos in einer Gruppe zusammengefaßt werden; nicht ganz eindeutig auch die Gruppierung bei NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.803 f.
- 111) Dieser Ausdruck ist als Sammelbegriff für die "Existenzklausel", "Zumutbarkeitsklausel" und "Gemeinwohlklausel" einer Titelüberschrift in LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.281, entnommen.
- 112) VON MANGOLDT, Das Bonner Grundgesetz, S.47; ihm folgen APELT, Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art.3 Abs.1 des Grundgesetzes, in JZ 1951, S.355, sowie Urteil des OVG Berlin vom 2.9.1953 - OVG I B 192/52 - in JR 1953, S.472; Urteil des OLG Tübingen vom 21.12.1949 - Nr. 3176/61/6 - in DVBl 1950, S.212. - WERNICKE hat seine mit der VON MANGOLDT'schen Umschreibung übereinstimmende Definition (WERNICKE, in Bonner Kommentar, Erl. II 1 b zu Art.2 Abs.1) einengend berichtigt; vgl. WERNICKE, in Bonner Kommentar, Erl. II 2 c zu Art.9.

Widerspruch von Theorie und Praxis¹¹³⁾ die verfassungsmäßige Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG als den Inbegriff aller nach den Vorschriften der Verfassung ergangenen Gesetze bezeichnet und damit "verfassungsmäßige Ordnung" mit "allgemeiner Rechtsordnung" gleichgesetzt¹¹⁴⁾ hatte, neigten die meisten Autoren und Gerichte zu einer engeren Deutung dieser Grundrechtsschranke. Eine unerwartete Aufwertung wurde der VON MANGOLDT'schen Lehre aber zuteil, als das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 16. Januar 1957¹¹⁵⁾ den Standpunkt vertrat, unter verfassungsmäßiger Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG sei die verfassungsmäßige Rechtsordnung zu verstehen, mithin die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind.¹¹⁶⁾ Damit hat

-
- 113) Vgl. z.B. FORSTHOFF, Zur verfassungsmäßigen Problematik der Investitionshilfe, in BB 1953, S.421; GREWE, Schutz und Grenzen der Außenwerbung nach dem Grundgesetz, in Der Markenartikel 1951, S.243 ff. (245); Herbert KRÜGER, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, in DVBl 1950, S.625 ff. (627); ferner Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4.7.1956 - BVerwG V C 199.55 - BVerwGE 4, S.24 ff. (33); Urteil des OVG Koblenz vom 8.12.53 - 2 A 35/53 - DÖV 1954, S.279 ff. (280); Urteil des VGH Bremen vom 23.4.1952 - A 190/51 BA 3/52 - DVBl 1953, S.176.
- 114) Vgl. VON MANGOLDT, Das Bonner Grundgesetz, S.47; derselbe, Ist eine Zwangswirtschaft von Berufs- und Wirtschaftsverbänden mit dem Grundgesetz vereinbar?, in BB 1951, S.621 ff. (622).
- 115) Vgl. die nähere Bezeichnung des Urteils oben Fn 6; nunmehr ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (z.B. Urteil vom 10.5.1957 - 1 BvR 550/52 - BVerfGE 6, S.389 ff. (433); Urteil vom 13.10.1964 - 1 BvR 213/715/58 und 66/60 - BVerfGE 18, S.328 f.; Urteil vom 5.8.1966 - 1 BvF 1/61 - BVerfGE 20, S.150 ff. (159 f.)). Das Bundesverwaltungsgericht ist zu denselben Ergebnissen gekommen (vgl. z.B. Urteil vom 17.1.1958 - BVerwG VII C 30.57 - BVerwGE 6, S.134 ff. (141); Urteil vom 1.8.1958 - BVerwG VII C 51.57 - BVerwGE 7, S.189 ff. (196); Urteil v.18.7.1967 - I C 9.66 - BVerwGE 27, S.303 ff. (305)).
- 116) Zustimmung: E.-W. BÖCKENFÖRDE, Der Stellvertreter-Fall, in JuS 1966, S.359 ff. (362 mit Fn 21); wie das Bundesverfassungsgericht auch ROEMER, Zum Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, S.552; SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno - KLEIN, Franz, Kommentar zum Grundgesetz, S.38 f.; MAUNZ,

das Gericht - ebenso wie VON MANGOLDT - das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit unter den Vorbehalt des einfachen Gesetzes gestellt.¹¹⁷⁾

Im Schrifttum¹¹⁸⁾ erhob sich alsbald der Vorwurf, eine derartig weite Umschreibung der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG entkleide das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit seiner überragenden Bedeutung; nur dem Vorhandensein der Grundgesetz-Artikel 1 Abs.3, 19 Abs.1 und 2 sowie 79 Abs.1, 2 und 3 sei es zu verdanken, daß die Gewährleistung des Art.2 Abs.1 GG bei dieser Auslegung nicht - im Sinne der Verfassungswirklichkeit zur Zeit der Weimarer Republik - "leerlaufe". Immerhin hat aber Hans PETERS¹¹⁹⁾, der Hauptverfechter der Persönlichkeitskerntheorie, bei aller Kritik an dieser weiten Deutung der "verfassungsmäßigen Ordnung" ausdrücklich erkennen lassen, das Bundesverfassungsgericht sei sich wenigstens der gegenseitigen Bedingtheit der Auslegung des ersten und der Auslegung des zweiten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG bewußt geworden: Die Gleichsetzung von "verfassungsmäßiger Ordnung" mit allgemeiner Rechtsordnung bedeute, daß ein Fehler - die nach PETERS unrichtige Kennzeichnung des ersten Halbsatzes als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit - durch einen anderen kompensiert werde; so gesehen gelange das Gericht auf fehlerhaftem Wege zu richtigen Ergebnissen.

Staatsrecht, 16. Aufl. (1968), S.108, beschränkt sich nunmehr auf die Wiedergabe der vom Bundesverfassungsgericht vertretenen These; vgl. demgegenüber die zuletzt in der 13.Aufl., S.103, vorgetragene engere Umschreibung der "verfassungsmäßigen Ordnung".

117) Diese Schlußfolgerung ist zwingend; vgl. hierzu NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.798; DÜRIG, a.a.O., Rn 18 zu Art.2 Abs.1; KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm. IV 2 a zu Art.2; Hans PETERS, Referat, S.20; Hans J. WOLFF, Diskussionsbeitrag zu dem vorstehend zitierten Referat von Hans PETERS, (a.a.O., S.67).

118) Vgl. z.B. DÜRIG, a.a.O., Rn 18 und Rn 28 (mit Fn 1) zu Art.2 Abs.1; HAMANN, Nochmals: Die Verfassungsmäßige Ordnung, in BB 1957, S.231; NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.799; SCHÄTZLER, Bundesverfassungsgericht und verfassungsmäßige Ordnung, in NJW 1957, S.819.

119) PETERS, Referat, S.22 ff.

Besorgnis erweckte auch die Tatsache, daß das Bundesverfassungsgericht es unterlassen hatte, dem Gesetzgeber im Hinblick auf dessen künftige Eingriffe in die Entfaltungsfreiheit ausdrücklich und bindend zu sagen, welches die einzelnen Komponenten jener "allgemeinen Rechtsordnung" seien; das berge, so wurde von Kritikern behauptet, die Gefahr in sich, daß der Grundsatz der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze durch eine Tendenz zur "Gesetzmäßigkeit der Verfassung" unterwandert werde.¹²⁰⁾ Wie neuere Urteile zeigen, hat sich das Gericht dieser Besorgnis nicht verschlossen; bei der Frage, ob ein Eingriff in die Entfaltungsfreiheit auf die verfassungsmäßige Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG gestützt werden kann, stellt es nunmehr den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als eine jener Komponenten stark in den Vordergrund: "Je mehr der gesetzliche Eingriff elementare Äußerungen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt, umso sorgfältiger müssen die zur Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundsätzlichen Freiheitsanspruch abgewogen werden",¹²¹⁾ In seiner Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des Sammlungsge-

120) So z.B. RUPP, Beweisverbote in verfassungsrechtlicher Sicht, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, Bd. I 3 A, S.184 ff. (195); derselbe, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Sammlungsgesetz - eine Wende in der Grundrechtsinterpretation des Art.2 Abs.1 GG?, in NJW 1966, S.2037 ff. (2040); wohl in demselben Sinne EVERS, in AÖR Bd.90 (1965), S.88 ff. (91); siehe auch die gute Formulierung WEHRHAHNs (WEHRHAHN, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, in AÖR Bd.82 (1957/58), S.268 f.), der für den Fall einer weiten Auslegung von Halbsatz 1 des Art.2 Abs.1 GG eine (hohe und) "dichte" Schrankenziehung fordert.

Vor der Tendenz zur Angleichung des Verfassungsrechts an das einfache Gesetzesrecht warnt LEISNER, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, S. 26 ff.; speziell für den Bereich der Grundrechte s. LEISNER, a.a.O., S.41, 61 ff.

121) Urteil vom 7.4.1964 - 1 BvL 12/63 - BVerfGE 17, S.306 ff. (313 f.) = NJW 1964, S.1219 = DVBl 1964, S.434 = DÖV 1964, S.417 = MDR 1964, S.567 = JZ 1964, S.555 ("Mitfahrerzentralen"-Urteil); Urteil vom 15.8.1966 - 1 BvF 1/61 - BVerfGE 20, S.150 ff. (159 f.) = NJW 1966, S.1651 ff. = DVBl 1966, S.744 = DÖV 1966, S.712 = JZ 1966, S. 609 (Urteil über die Verfassungswidrigkeit des Sammlungs-

setzes¹²²⁾ prüft das Gericht, ob dieses in die Entfaltungsfreiheit eingreifende Gesetz zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG gehört. Im Zuge dessen wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf folgende Weise zum Prüfungsmaßstab erhoben: Das Gericht ist nur dann bereit, jenes Gesetz zur "verfassungsmäßigen Ordnung" zu zählen, wenn es mit dem Grundgesetz, also auch mit Art. 2 Abs. 1 selbst, in Einklang steht; ob der gesetzliche Eingriff in die Gewährleistung des Art. 2 Abs. 1 GG zulässig, die "verfassungsmäßige Ordnung" mithin gewahrt ist, bestimmt sich - entsprechend der o.S.³⁴ wörtlich wiedergegebenen Auffassung des Bundesverfassungsgerichts - nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹²³⁾

gesetzes).

122) Vgl. die nähere Kennzeichnung dieser Entscheidung in Fn 121.

123) Unter der Fragestellung, "Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Sammlungsgesetz - eine Wende in der Grundrechtsinterpretation des Art. 2 Abs. 1 GG?" begrüßt RUPP (NJW 1966, S. 2037 ff.) die Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als das "eigentlich Neue" des Urteils vom 15.8.1966. Hier ist der Hinweis geboten, daß dieses auch im Verfassungsrecht seit langem anerkannte Prinzip (vgl. z.B. HAAS, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in DÖV 1954, S. 70 ff. (71); RUPP, Beweisverbote in verfassungsrechtlicher Sicht, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, Bd. I 3 A, S. 186 ff. (195); Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11.6.1958 - 1 BvR 596/56 - BVerfGE 7, S. 377 f. = NJW 1958, S. 1035 = DVBl 1958, S. 500 = DÖV 1958, S. 538) vom Bundesverfassungsgericht schon vor den Urteilen über die Mitfahrerzentralen und über das Sammlungsgesetz bei der Auslegung der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG herangezogen war. Zwar hat das Gericht noch im Urteil über die Mitfahrerzentralen (BVerfGE 17, S. 306 ff. (313)) seine im "Elfen"-Urteil (vgl. oben Fn 6) enthaltene Formulierung wiederholt, wonach das die Entfaltungsfreiheit einschränkende Gesetz formell und inhaltlich mit der Verfassung (a u ß e r h a l b des Art. 2) voll vereinbar sein muß. Insofern schien also das Bundesverfassungsgericht auch im Urteil über die Mitfahrerzentralen die Möglichkeit ausschließen zu wollen, daß die Zugehörigkeit eines freiheitsbeschränkenden Gesetzes zur "verfassungsmäßigen Ordnung" von der Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 Halbs. 1 GG abhängig gemacht wird; für die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips bliebe bei dieser Auslegung der

2. Die engeren Auslegungen der "verfassungsmäßigen Ordnung"

- a) Die Beschränkung der "verfassungsmäßigen Ordnung" auf die elementaren Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers

Den richtigen Weg zur Erschließung der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG sah Hans PETERS in einer engen Auslegung dieser Schranke. In der Erkenntnis, daß die von ihm verfochtene Beschränkung der Entfaltungsfreiheit auf den Kernbereich des Person-Seins für eine weite Umschreibung

"verfassungsmäßigen Ordnung" also kein Raum, Das Gericht hält sich indessen nicht an jene Formulierung. In eben derselben Entscheidung (BVerfGE, a.a.O., S.313 f.) kommt es bei der Umschreibung der "verfassungsmäßigen Ordnung" zu einer Kehrtwendung: "Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit verlangt - namentlich wenn er in Verbindung mit der allgemeinen Freiheitsvermutung ... gesehen wird, die gerade in Art.2 Abs.1 GG zum Ausdruck kommt -, daß der Einzelne vor unnötigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt bewahrt bleibt." Somit wird der erste Halbsatz des Art.2 Abs.1 GG doch wieder in die "verfassungsmäßige Ordnung" einbezogen; und auf diese Weise ist, wie das im Text wiedergegebene Zitat zeigt, die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips gesichert. - Durch Einbeziehung des ersten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG in die "verfassungsmäßige Ordnung" hat das Gericht auch schon in früheren Zeiten dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Geltung verschafft (vgl. z.B. Beschluß vom 25.2.1960 - 1 BvR 239/52 - BVerfGE 10, S.354 ff. (363 f.)).

Das eigentlich Neue des Urteils über das Sammlungsgesetz besteht darin, daß das Bundesverfassungsgericht seine Auffassung, derzufolge freiheitsbeschränkende Regelungen nur dann der "verfassungsmäßigen Ordnung" entsprechen, wenn sie mit dem Grundgesetz, also auch mit Art.2 Abs.1 Halbs.1, übereinstimmen, nicht mehr mit dem insofern unklaren Hinweis auf das "Elfes"-Urteil verbindet, demzufolge der erste Halbsatz von Art.2 Abs.1 GG gerade nicht in die "verfassungsmäßige Ordnung" einzubeziehen sei. Zur Kennzeichnung des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG als Bestandteil der "verfassungsmäßigen Ordnung" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts s.auch EHMKE, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, S.83 f.; Ernst HESSE, Gesetzgeber, S.123 f.; MENDER und ERICHSEN, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in Verwaltungsarchiv, Bd.58 (1967) S.278 ff. (280).

der "verfassungsmäßigen Ordnung" keinen Raum lasse,¹²⁴⁾ setzte PETERS der vorstehend unter 1. genannten Auslegung folgende These entgegen: Unter verfassungsmäßiger Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG sei das materielle Verfassungsrecht, insbesondere die Ordnung zu verstehen, auf der das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit beruht¹²⁵⁾. Bestimmt man, wie es in der Staatsrechtslehre üblich ist, den Begriff "materielles Verfassungsrecht" als die "Gesamtheit der Regeln über die Bildung und den Aufgabenkreis der obersten Staatsorgane, über die grundlegenden Staatseinrichtungen und über die Stellung des Bürgers im Staate"¹²⁶⁾, so sind, weil mit der PETERSschen These sachlich übereinstimmend, in diese Kategorie die vom Bundesgerichtshof und von Friedrich KLEIN entwickelten Begriffsbestimmungen einzubeziehen, wonach die verfassungsmäßige Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG, "die elementaren Verfassungsgrundsätze und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts"¹²⁷⁾ bzw. "die elementaren Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers"¹²⁸⁾ umfaßt. KLEIN¹²⁹⁾ erläutert die von ihm vorgetragene Begriffsbestimmung unter Hinweis auf eine - ohne Bezugnahme auf Art.2 Abs.1 GG geprägte - Formulierung des Bundesverfassungs-

124) Vgl. PETERS, Referat, S.20 f.

125) PETERS, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Laun-Festschrift, S.669 ff. (676).

Mangels ausdrücklicher Hervorhebung kann nicht angenommen werden, daß PETERS mit den Umschreibungen, die er in neuerer Zeit für die "verfassungsmäßige Ordnung" geprägt hat, sachlich von seiner in der Laun-Festschrift zum Ausdruck gekommenen Auffassung abrücken wollte; diese neueren Umschreibungen lauten: "gewisse elementare Grundsätze der Verfassung" (Referat, S.21), "Grundlagen unseres Verfassungslebens" (Referat, S.49), "die Verfassungsgrundsätze der Verfassung, die das Grundgesetz als solche herausstellt" (Referat, S.73 - Diskussionsbeitrag -).

126) So MAUNZ, Deutsches Staatsrecht, 16.Aufl., S.38.

127) Gutachten des Bundesgerichtshofs vom 28.4.1952 - VRG 3/52 DVBl 1953, S.471.

128) KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm. IV 2 a zu Art.2.

129) KLEIN, a.a.O., Anm. IV 2 a zu Art.2 in Verb. mit Anm. 7 a der Einleitung.

gerichts¹³⁰⁾; "Zu jenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers gehören ... das Prinzip der Demokratie, das bundesstaatliche Prinzip, das rechtsstaatliche Prinzip, die Rechtsidee selbst, der Gleichheitssatz und diejenigen Grundrechte, die unmittelbar Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit sind".

Auf eine gleich hohe Schrankenziehung dürften zum Beispiel ¹³¹⁾ folgende Umschreibungen der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG hinauslaufen: "die tragenden Grundsätze des Verfassungsrechts"¹³²⁾, "die Verfassung als Gesamtordnung, also nicht jedes einzelne Gesetz"¹³³⁾; ferner ist hier die von Wilhelm GREWE¹³⁴⁾ gegebene Auslegung zu nennen, wonach zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG alle Grundsätze und Normen gehören, die für den Aufbau und Inhalt der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Gesamtordnung der Bundesrepublik Deutschland von fundamentaler Bedeutung sind, gleichviel ob sie sich im Grundgesetz finden, oder ob sie durch lang überliefertes Herkommen oder durch allgemein anerkannte staats- und sozialetische Prinzipien konstituiert sind. - Trotz der inhaltlichen Übereinstimmung mit den im vorstehenden Absatz genannten Umschreibungen der "verfassungsmäßigen Ordnung" durch Friedrich KLEIN, Hans PETERS und den Bundesgerichtshof führen die

130) Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.1951 - 2 BvG 1/51 - BVerfGE 1, S.14 ff. (32 f.) = NJW 1951, S.877 = JZ 1951, S.728 ff. (729).

131) Vgl. auch die inhaltsgleichen Formulierungen bei JAHRREISS, Gesetz und Recht - Recht und Gesetz, in NJW 1950, S.3 ff.; KLEINRAHM, in DVBl 1950, S.213 f. (Urteilsanmerkung); Dietrich KÜCHENHOFF, Die Beschränkbarkeit des Rechts auf Persönlichkeitsentfaltung durch Gesetz, in DÖV 1966, S.224 ff. (226 f.); NIPPERDEY, Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand, in BB 1951, S.594 f.; Urteil des OVG Münster vom 20.9.1950 - III A 510/50 - JZ 1951, S.276 ff. (278); Urteil des VGH Freiburg vom 5.7.1951 - AZ 52/50 - DVBl 1951, S.635 ff. (636).

132) MEYER-CORDING, Die Rückwirkung von Gesetzen, in JZ 1952, S.161 ff. (165).

133) KOELLREUTTER, Deutsches Staatsrecht, S.53.

134) GREWE, Schutz und Grenzen der Außenwerbung nach dem Grundgesetz, in Der Markenartikel 1951, S.243 ff. (246).

hier wiedergegebenen Definitionsversuche bei ihren Autoren allerdings zu einer anderen Gesamtbedeutung des Art.2 Abs.1 GG; denn weitergehend als KLEIN, PETERS und der Bundesgerichtshof sehen diese Autoren in Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG eine Garantie der "allgemeinen Handlungsfreiheit"¹³⁵⁾.

- b) Die "Klauseln vordringlicher Allgemeininteressen" als Ergebnis weitergehender Konkretisierungsversuche.

Zwar könnte keinem der Interpreten der "verfassungsmäßigen Ordnung" nachgewiesen werden, er habe die wechselseitige Bindingtheit der Auslegung des ersten und der Auslegung des zweiten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG nicht im Blick behalten. Doch wurde schon in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des Grundgesetzes offenbar, daß sich insbesondere diejenigen Autoren und Gerichte, die in Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit garantiert sehen, in der Frage der Begrenzung dieses so weit ausgelegten Grundrechtsartikels nicht mit einigen letztlich im Allgemeinen verharrenden Deutungsversuchen¹³⁶⁾ begnügen können. Das ergibt sich insbesondere daraus, daß die "verfassungsmäßige Ordnung" als Grundrechtsschranke für Legislative und Exekutive eine Kompetenznorm zur Eingrenzung der Entfaltungsfreiheit darstellt und daß weitestgehende Bestimmtheit und Abgegrenztheit staatlicher Zuständigkeitsnormen als ein Charakteristikum und "Lebenselexier eines Rechtsstaates"¹³⁷⁾ anzusehen und zu fordern sind.

Da gerade dann, wenn Art.2 Abs.1 GG im Sinne von allgemeiner Handlungsfreiheit, also sehr weit ausgelegt wird, Eingriffe in die Entfaltungsfreiheit häufig aktuell werden können, ist

135) Vgl. oben S.20 ff. mit Fn 70. Zur Wechselbeziehung zwischen der Auslegung des ersten und der Auslegung des zweiten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG s.auch Teil F unten S. 66 ff.

136) Vgl. die vorstehend unter a), letzter Absatz, genannten Versuche zur Konkretisierung der "verfassungsmäßigen Ordnung".

137) LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.67.

es folgerichtig, daß namentlich die Befürworter dieser Auslegung die genannten Prägungen zu praktikableren "Klauseln" zuzuspitzen versuchen.

aa) Die "Existenzklausel"

In dem Bemühen, aus der Generalklausel "verfassungsmäßige Ordnung" rechtsstaatsgemäße Eingriffsermächtigungen für Exekutive und Legislative herauszubilden, will Herbert KRÜGER¹³⁸⁾ die "verfassungsmäßige Ordnung" nur dann als Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in die Entfaltungsfreiheit herangezogen wissen, wenn die Existenzelemente des Staates auf dem Spiele stehen. Als Staat im Sinne dieser Lehre ist "derjenige soziale Seins-, Ordnungs- und Wirkenszusammenhang" zu verstehen, "der sich in der Form der modernen Staaten ausgestaltet hat".¹³⁹⁾ Dieses als "Existenzklausel" bezeichnete Ergebnis der KRÜGERSchen Lehre hat in der Literatur nur insoweit Anklang gefunden, als es als Teilerfolg auf dem Wege zu einer praktikablen Konkretisierung der "verfassungsmäßigen Ordnung" anerkannt worden ist.¹⁴⁰⁾

bb) Die "Zumutbarkeitsklausel"

Unter dem Kennwort "Zumutbarkeitsklausel" hebt sich die im "Investitionshilfe"-Urteil des Bundesverfassungsgerichts¹⁴¹⁾

138) Herbert KRÜGER, Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, in NJW 1955, S.201 ff. (204).

139) Die Tatsache, daß KRÜGER eine Berufung auf die Eingriffsermächtigung "verfassungsmäßige Ordnung" auch dann für gerechtfertigt hält, wenn a u ß e r - verfassungsrechtliche Existenzelemente des Staates geschützt werden sollen, deutet auf einen materiellen Unterschied zwischen der KRÜGERSchen Deutung und der von Friedrich KLEIN und dem Bundesgerichtshof vorgetragenen Umschreibung hin; KLEIN und der Bundesgerichtshof wollen die verfassungsmäßige Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG nur dann als Beschränkungsermächtigung gelten lassen, wenn die elementaren V e r f a s s u n g s grundsätze und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers bzw. die elementaren Verfassungsgrundsätze und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gefährdet erscheinen (vgl. oben S.37). (Hervorhebung nur hier.)

140) NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.810.

entwickelte Meinung von den vielfältigen zu Art.2 Abs.1 GG vorgebrachten Ansichten ab. Für das Bundesverfassungsgericht bedeutete bei der Abfassung jenes Urteils die Schranke verfassungsmäßige Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG, daß sich der einzelne diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen muß, "die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des allgemein Zumutbaren" zieht, vorausgesetzt, daß dabei die "Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt". Diese Auffassung, von der das Bundesverfassungsgericht selbst mit seiner Entscheidung vom 16.1.1957¹⁴²⁾ abgerückt ist, war weder von der Lehre noch von der Judikatur als eine vertretbare Umschreibung der "verfassungsmäßigen Ordnung" empfunden worden. Die Unbestimmbarkeit und Dehnbarkeit¹⁴³⁾ dieser "Zumutbarkeitsklausel" wirkten im Gegenteil geradezu als Herausforderung zu neuen Auslegungsversuchen.

cc) Die "strenge Gemeinwohlklausel"

Im Kreise der unterschiedlichen Auslegungen der "verfassungsmäßigen Ordnung", die als Regulativ zu dem im Sinne von "allgemeiner Handlungsfreiheit" gelesenen Halbsatz 1 von Art.2 Abs.1 GG entwickelt worden sind, bietet die "strenge Gemeinwohlklausel" die am stärksten detaillierte Umschreibung. Die Befürworter der "strengen Gemeinwohlklausel"¹⁴⁴⁾ wollen das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit erst dann einschränken, wenn - sofern nicht eine außerhalb der "verfassungs-

141) Urteil vom 20.7.1954 - 1 BvR 459, 484, 548, 555, 623, 651, 748, 783, 801/52, 5, 9/53, 96, 114/54 - BVerfGE 4, S.7 ff. (16) = NJW 1954, S.33 f., 1235.

142) Vgl. die nähere Bezeichnung des Urteils oben in Fn. 6.

143) In diesem Sinne z.B. NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S. 812, sowie - unter Bezugnahme auf alle "Klauseln" - LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.286 ff.

144) E.R. HUBER, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, in DÖV 1956, S.135 ff. (136); NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.812; ZINN-STEIN, Kommentar, Anm. 3 b zu Art.2 HeVerf. Kritisch: EVERS, in AÖR Bd.90 (1965), S.88 ff. (93); LERCHE, a.a.O., S.286 ff.

mäßigen Ordnung" ausdrücklich positivierte Begrenzungsnorm¹⁴⁵⁾ aktuell wird - die mit der Entfaltungsfreiheit konkurrierenden Forderungen des Gemeinwohls überragend sind¹⁴⁶⁾ und ein Eingriff in die Entfaltungsfreiheit das zwingend gebotene, auf keine andere Weise zu erreichende Mittel zur Durchsetzung jener überragenden Gemeinwohlforderungen ist¹⁴⁷⁾. Überdies verlangt diese Lehre, daß, falls die genannten Voraussetzungen gegeben sind, nur diejenige Form des Eingriffs gewählt wird, die das Grundrecht am wenigsten einschränkt. Als Maßstab sind mithin die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität anzulegen¹⁴⁸⁾. - Die "strenge Gemeinwohlklausel" will sich einerseits von derjenigen Ansicht absetzen, die zur "verfassungsmäßigen Ordnung" alles zählt, was der Verfassung nicht widerspricht¹⁴⁹⁾; anderer-

145) Als derartige Begrenzungsnormen werden von den Befürwortern der strengen Gemeinwohlklausel genannt:

1. die Handlungspflichten der Grundgesetzartikel 6 Abs. 2 (Erziehungspflicht), 7 (Schulpflicht), 4 Abs. 3, 12 Abs. 2, 17a (Wehrpflicht und Ersatzdienstpflicht), 12 Abs. 2 Satz 1 (öffentliche Dienstleistungspflicht) sowie die aus Art. 14 Abs. 2 GG ableitbaren allgemeinen Steuer- und Abgabepflichten;
2. Nichtstörungspflichten und Unterlassungspflichten (Artikel 9 Abs. 2, 18 und 21 Abs. 2 GG);
3. Das Sozialstaatsprinzip.

Zum Ganzen vgl. DÜRIG, a.a.O., Rn 21-24 zu Art. 2 Abs. 1; NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S. 805 f. Es ist das Verdienst der Befürworter der strengen Gemeinwohlklausel, diese Verpflichtungen als Bestandteile der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG spezifiziert zu haben. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß die anderen Interpretationen dieser Grundrechtsschranke nicht geeignet wären, derartige Verfassungsgebote aufzunehmen; nur bleiben diese Gebote angesichts der sonst nur generellen Umschreibung der verfassungsmäßigen Ordnung im allgemeinen ungenannt.

146) So namentlich DÜRIG, a.a.O., Rn 19 zu Art. 2 Abs. 1 (zu den Abweichungen der DÜRIGschen Lehre von der strengen Gemeinwohlklausel siehe den nächsten Absatz im Text); NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S. 814.

147) E.R. HUBER, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, in DÖV 1956, S. 135 ff. (136), sowie S. 205; NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S. 814 f.

148) E.R. HUBER, ebenda, S. 205; NIPPERDEY, ebenda, S. 815.

149) So z.B. das Bundesverfassungsgericht in der oben Fn 6 genannten Entscheidung.

seits unterscheidet sie sich von den unter aa) und bb) genannten Präzisierungsversuchen, indem sie im Interesse der Entfaltungsfreiheit die Grenze dieses Rechts noch genauer aufzuzeigen und damit noch rechtsstaatsgemäßer zu ziehen bemüht ist.¹⁵⁰⁾ Um eine Präzisierung der in der "strengen Gemeinwohlklausel" zusammengefaßten Beschränkungsermächtigungen bemüht sich Günter DÜRIG¹⁵¹⁾. Seiner Meinung nach sind freiheitsbeschränkende Maßnahmen nur dann durch die verfassungsmäßige Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG legitimiert, wenn es diejenigen Gemeinwohlforderungen durchzusetzen gilt, "deren Realisierung die Verfassung fordert".¹⁵²⁾ Dabei trifft DÜRIG nur insofern auf den Widerspruch jener Lehre von der "strengen Gemeinwohlklausel", als er auch den Schutz einiger Polizeigüter als verfassungsbedingte Gemeinwohlforderung und damit als Komponente der "verfassungsmäßigen Ordnung" ansieht. Und zwar wendet sich besonders NIPPERDEY¹⁵³⁾ gegen die von DÜRIG¹⁵⁴⁾ vorgeschlagene Einbeziehung der klassischen Polizeigüter "öffentliche Sicherheit", "öffentliche Ordnung", "öffentliche Sittlichkeit" und "Volksgesundheit" in die "verfassungsmäßige Ordnung". NIPPERDEY kommt aber gleichwohl zu demselben Ergebnis wie Günter DÜRIG, daß nämlich die Verteidigung jener Güter in dem schrankenbildenden

150) NIPPERDEY sieht seine entsprechenden Bemühungen als voll erfolgreich an: "Die (sc.strenge) Gemeinwohlklausel vermag ... den größtmöglichen Schutz des einzelnen vor Eingriffen der staatlichen Gewalt zu gewährleisten, ermöglicht andererseits aber sowohl die Abwehr der dem Staat durch den Mißbrauch der Freiheit drohenden Gefahren als auch die positive Gestaltung der Ordnung im Interesse höherwertiger Interessen der Allgemeinheit". (NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.815).

151) DÜRIG, a.a.O., Rn 19 zu Art.2 Abs.1.

152) Zustimmend: Ernst HESSE, Gesetzgeber, S.18; kritisch: RUPP, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Sammlungsgesetz - eine Wende in der Grundrechtsinterpretation des Art.2 Abs.1 GG?, in NJW 1966, S.2037 ff. (2038, Fn 12).

153) NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.815; ablehnend auch RÖHDE-LIEBENAU, Grundrecht und Polizei, in DÖV 1957, S.472 ff. (473).

154) DÜRIG, a.a.O., Rn 22 zu Art.2 Abs.1.

Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" ihre Rechtfertigung finde. Nur sind für NIPPERDEY jene Polizeigüter nicht schon an sich überragende Forderungen des Gemeinwohls; vielmehr sei erst die Notwendigkeit, der Polizei im Interesse ihrer Beweglichkeit eine generalklauselartige Ermächtigung zu geben, eine überragende Forderung des Gemeinwohls. Auf diese Weise rechtfertigt, auch wenn man den von NIPPERDEY vorgezeichneten Weg einschlägt, die Verteidigung der genannten Polizeigüter im Ergebnis einen Eingriff in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit.

Die Tatsache, daß DÜRIG bei der Auslegung der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG als erster sein Augenmerk auf die klassischen Polizeigüter richtete, hat in der Literatur weitgehend dazu geführt, daß das Ergebnis dieser Auslegungsarbeit als sogenannte "Nichtstörungsklausel" abgestempelt wurde. Dieses Schlagwort wird jedoch der DÜRIGschen Auslegungsarbeit an Art.2 Abs.1 GG nicht gerecht. Die Apostrophierung "Nichtstörungsklausel" verdeckt - zumal wenn die DÜRIGsche Auslegung, wie bei Ernst Rudolf HUBER¹⁵⁵⁾ und Hans Carl NIPPERDEY¹⁵⁶⁾ scharf von den anderen Klauselprägungen abgesetzt wird - im Gegenteil die grundsätzliche Gemeinsamkeit der Ansicht DÜRIGs und der Lehre von der "strengen Gemeinwohlklausel". Zur Erhellung des umfangreichen Streitstandes ist mit Nachdruck darauf hinzuweisen, daß, von der rechtsdogmatisch unterschiedlichen Zuordnung der Polizeigüter abgesehen, die "überragenden Forderungen des Gemeinwohls" durchaus synonym sind mit dem, was DÜRIG mit dem Ausdruck "das von der Verfassung Geforderte" zu umschreiben versucht. Darauf weist - als Beispiel - die Tatsache hin, daß sowohl DÜRIG¹⁵⁷⁾ als auch die Begründer der Lehre von der "strengen Gemeinwohlklausel"¹⁵⁸⁾ die Sozialstaatsklausel der

155) E.R. HUBER, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, in DÖV 1956, S.135 ff.

156) NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.809 ff.

157) DÜRIG, a.a.O., Rn 24 zu Art.2 Abs.1.

158) Namentlich E.R. HUBER, a.a.O., S. 202; NIPPERDEY, Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundes-

Artikel 20, 28 GG als wesentliche Komponente der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG erachten.¹⁵⁹⁾ Zur sogenannten "Nichtstörungsklausel" sagt DÜRIG¹⁶⁰⁾ im übrigen selbst, daß diese weniger einer Auslegung des selbständigen Art.2 Abs.1 GG als vielmehr der Auffindung der aus dem "So-wweit"-Satz, hier also aus der "verfassungsmäßigen Ordnung", herzuleitenden Schranken jeglicher Freiheitsrechte dienen solle.

c) "Verfassungsmäßige Ordnung" als Inbegriff bestimmter Verfassungsdirektiven.

Mag die unter dem Kennwort "strenge Gemeinwohlklausel" entwickelte Lehre aus dem Bestreben entstanden sein, die Generalklausel verfassungsmäßige Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG zu einer hinreichend bestimmten und damit rechtsstaatsgemäßen Begrenzungs- und Eingriffsnorm umzugießen und überhaupt einer Überhöhung dieser Schranke vorzubeugen, so ist doch der Bezirk, der schließlich als "verfassungsmäßige Ordnung" noch verbleibt, sehr weit, und die Nachbarschaft zu den vorstehend unter b) genannten, mehr oder minder in den Begriff "Gemeinwohl" einmündenden Auslegungen ist nicht zu leugnen¹⁶¹⁾.

Aus diesem Grunde hat Peter LERCHE¹⁶²⁾ diese Lehre kritisiert. Zwar sieht er es als richtigen Ansatzpunkt an, wenn DÜRIG unter der "verfassungsmäßigen Ordnung" diejenigen Gemeinwohlforderungen versteht, "deren Realisierung die Verfassung fordert". Die Art, wie er diesen Ansatzpunkt auswertet, hält LERCHE jedoch für unrichtig. Insbesondere die Tatsache, daß DÜRIG die genannte Sozialentscheidung der Artikel

republik Deutschland, S.8.

159) Vgl. auch die zustimmende Bezugnahme NIPPERDEYS, Entfaltungsfreiheit, S.800, auf DÜRIG, a.a.O., Rn 18 zu Art.2 Abs.1. DÜRIG billigt seinerseits im Grundsätzlichen die strenge Gemeinwohlklausel; vgl. DÜRIG, a.a.O., Rn 19 (mit Fn 1) zu Art.2 Abs.1.

160) DÜRIG, a.a.O., Rn 17 (Buchst. c) zu Art.2 Abs.1 (mit Fn 2) und Rn 72 zu Art.2 Abs.1.

161) So DÜRIG selbst, in JZ 1957, S.169 ff (172) (Urteilsanmerkung).

162) LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.297 f.

20, 28 GG vollinhaltlich unter die von ihm geprägte Umschreibung der "verfassungsmäßigen Ordnung" subsumiert, bringe diesen schrankenbildenden Begriff "hart in die Nähe einer generellen Gemeinwohlklausel".¹⁶³⁾ Für LERCHE besteht zwischen der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, das - wie oben ausgeführt¹⁶⁴⁾ - "verfassungsmäßige Ordnung" (unter Ausklammerung von Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG) mit allgemeiner Rechtsordnung gleichgesetzt hat, und der DÜRIGschen Gemeinwohlthese kein grundsätzlicher Unterschied¹⁶⁵⁾. Die DÜRIGsche Ansicht könne nur in Randzonen zu einem behutsameren Ergebnis als die des Bundesverfassungsgerichts führen. Daher versucht LERCHE, den Bedenken, die er gegen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erhoben hat, auch gegenüber der Auffassung DÜRIGs Geltung zu verschaffen. Die Inhaltsbestimmung, die DÜRIG "dem von der Verfassung Geforderten", also seiner eigenen Wortprägung, zuteil werden läßt, stelle für die Entfaltungsfreiheit eine so hohe Schranke dar, daß dem Art.2 Abs.1 GG auf diese Weise praktisch die Existenzberechtigung entzogen werde.¹⁶⁶⁾ An der Formulierung, die der "strengen Gemeinwohlklausel" durch Ernst Rudolf HUBER und NIPPERDEY zuteil geworden ist,¹⁶⁷⁾ sowie an der "Existenzklausel" kritisiert LERCHE¹⁶⁸⁾ insbesondere die seiner Meinung nach viel zu starke Betonung des Grundsatzes der Erforderlichkeit und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Diese Grundsätze könnten für die Begrenzung der Entfaltungsfreiheit nicht oder nur mit größter Zurückhaltung nutzbar gemacht werden.¹⁶⁹⁾

163) So DÜRIGs eigene, von LERCHE (a.a.O.) aufgenommene Formulierung, in JZ 1957, S.169 ff. (172) (Urteilsanmerkung).

164) Siehe oben S. 32 (mit Fn 115).

165) LERCHE, a.a.O., S. 297 Fn 154.

166) LERCHE, a.a.O., S. 298.

167) Vgl. oben, S. 41 ff.

168) LERCHE, a.a.O., S.281 ff. und 147 ff.

169) In Rechtsprechung und Schrifttum hat dieses Anliegen LERCHEs bisher keine Befürworter gefunden. Die jüngsten Stellungnahmen des Bundesverfassungsgerichts zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG lassen im Gegenteil der Verhältnismäßigkeit eine spürbare

Als Gegenvorschlag trägt LERCHE folgende Umschreibung der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG vor: "Verfassungsmäßige Ordnung" sei der Inbegriff solcher Gesetze, die im Vollzug ganz bestimmter, kontinuierlich zu vollziehender Verfassungsdirektiven ergehen.¹⁷⁰⁾ Dem Kreis derartiger Verfassungsdirektiven sind nach LERCHE mindestens¹⁷¹⁾ zuzurechnen: Teilinhalte der Artikel 1 Abs.1 Satz 2; 4 Abs. 2; 6 Abs.1, Abs.2 Satz 2, Abs.4 und Abs.5; 9 Abs.3; 14 Abs. 1 Satz 1 GG; ferner die Verfassungsaufträge des Art.131 GG, die Gestaltungsaufgaben gemäß Art.134 und 135 GG, der Auftrag gemäß Art.33 Abs.5 sowie das Anpassungsgebot des Art. 117 Abs.1 GG.¹⁷²⁾ Einen hervorragenden Platz nimmt in dieser Reihe ferner jener Inhalt der Sozialstaatsklausel ein, dem der Gesetzgeber kontinuierliche Aufträge zur Sozialgestaltung entnehmen muß¹⁷³⁾. LERCHE bezieht also nicht - wie etwa DÜRIG¹⁷⁴⁾ - die Sozialentscheidung der Artikel 20 Abs. 1, 28 Abs.1 GG schlechthin in den Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" ein; vielmehr zerlegt er den Gesamtinhalt der Sozialstaatsklausel in drei Teilinhalte, von denen er lediglich den zweiten, nämlich den an den Gesetzgeber ergangenen,

Aufwertung zuteil werden; vgl. oben S. 34 f.

170) LERCHE, a.a.O., S.299 f. in Verbindung mit S.63.

171) Den von ihm aufgestellten Katalog der Verfassungsdirektiven will LERCHE offenbar nicht als numerus clausus verstanden wissen. Verfassungsdirektiven im Sinne der Systematik LERCHEs enthalten alle Verfassungssätze, die einen sich stetig neu aktualisierenden Vollzugsauftrag an den Gesetzgeber enthalten (vgl. LERCHE, a.a.O., S.64).

172) LERCHE, a.a.O., S.300 in Verbindung mit S.63.

173) LERCHE, a.a.O., S.300 in Verbindung mit S.64 und S.231.

174) DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 24 zu Art.2, Abs.1; ebenso E.R.HUBER, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, in DÖV 1956, S.202; LAUFKE, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in Lehmann-Festschrift, S.145 ff. (179); auch die von Hans PETERS für die verfassungsmäßige Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG vorgeschlagene Deutung eröffnet die Möglichkeit zur Einbeziehung der Sozialentscheidung des Grundgesetzes. (s. den oben in Fußnote 46 zitierten Aufsatz von Hans PETERS in BABI 1954, S.205 ff. (208)).

kontinuierlich zu vollziehenden Auftrag zur Beseitigung sozialer Mißstände, als Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG gelten läßt.¹⁷⁵⁾

III. Das "Sittengesetz"

Von den tiefgehenden Meinungsverschiedenheiten, die die rechtliche Würdigung des Art.2 Abs.1 GG im allgemeinen ausgelöst hat, heben sich die zum "Sittengesetz" erarbeiteten Auslegungen durch eine wesentlich geringere Unterschiedlichkeit ab.¹⁷⁶⁾ Das zeigt sich schon daran, daß alle Interpreten bei dem Versuch, diese Generalklausel einzugrenzen, bis hin zu der von Josef WINTRICH¹⁷⁷⁾ geprägten Umschreibung einen gemeinsamen Weg gehen. Nach der für diese Gemeinsamkeit bezeichnenden Formulierung WINTRICHs umfaßt das "Sittengesetz ... die zur Wahrung des Eigenwertes sowohl der Person als der Gemeinschaft unerläßlichen Sittlichkeitsnormen ..., die in der gesamten Rechtsgemeinschaft ohne Unterschied der Konfession, Weltanschauung, Berufe usw. als allgemeinverbindlich anerkannt sind"¹⁷⁸⁾. In dem Bestreben, diese Umschreibung zu kon-

175) Der erste Teilinhalt der Sozialstaatsklausel ist nach LERCHE (Übermaß und Verfassungsrecht, S.231 f.) in dem grundgesetzlichen Erfordernis zu sehen, daß ein Mindestmaß bereits vorhandener sozialer Institutionen bestehen bleiben muß. - Der dritte Teilinhalt, den LERCHE der Sozialstaatsklausel entnimmt, enthält eine allgemeine Ermächtigung zur Aufrichtung neuer sozialer Ordnungen, z. B. zur gesetzlichen Festlegung einer Gewinnbeteiligung der Arbeitnehmer.

176) Weniger einheitlich sind die Meinungen über Begriffe wie "gute Sitten", "Sitte", "sittlich" im Sinne des StGB, des BGB, des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften u.ä.; vgl. hierzu Fritz BAUER, Grundgesetz und Schmutz- und Schund-Gesetz, in JZ 1965, S.41 ff.; BREITHAUPT, Die guten Sitten, in JZ 1964, S.283 ff. Die bei der Auslegung dieser Begriffe gewonnenen Ergebnisse können, wie OTT, Das Sittengesetz und seine Bedeutung im öffentlichen Recht, in BayVBl 1966, S.186 ff. (188), mit Recht klarstellt, als Bestandteile niederrangigen Rechts nicht ohne weiteres zur Umschreibung der Verfassungsnorm Sittengesetz im Sinne von Art.2 Abs.1 GG herangezogen werden.

kretisieren, sind einige Ansichten zu dem Wort "allgemeinverbindlich" vorgetragen worden:

Wie das Bundesverfassungsgericht¹⁷⁹⁾ festgestellt hat, können Auffassungen, die nur von einzelnen Volksteilen vertreten werden, nicht Bestandteil des "Sittengesetzes" sein. Das bedeutet allerdings nicht, daß eine Wertvorstellung allein schon deshalb als "allgemeinverbindlich" angesehen werden kann, weil sie von einer Mehrheit des Volkes getragen wird.¹⁸⁰⁾ Nach der von Fritz BAUER¹⁸¹⁾ geprägten Formulierung ist vielmehr entscheidend, daß sich in dieser Wertvorstellung "alle billig und gerecht Denkenden einig sind"¹⁸²⁾. - Bei der Auslegung des "Sittengesetzes", also einer Norm, die sich für die Aufnahme außerrechtlicher Wertvorstellungen geradezu anbietet, liegt die Einbeziehung christlichen Gedankengutes, z.B. der Zehn Gebote, nahe; denn diesem Gedankengut entnehmen "große Teile des Volkes die Maßstäbe für ihr sittliches Verhalten"¹⁸³⁾. Friedrich KLEIN¹⁸⁴⁾ und Hans PETERS¹⁸⁵⁾, die das "Sittengesetz" in diesem Sinne deuten, treffen allerdings auf den Einwand von OTT¹⁸⁶⁾, der hierin einen Widerspruch zu der

177) WINTRICH, Zur Problematik der Grundrechte, S.25.

178) Kongruente Formulierungen z.B. bei UBER, Freiheit des Berufs, S.63: "die Forderung nach Respektierung der allgemein anerkannten Grundsätze der Moral"; WERTENBRUCH, Der Grundrechtsbegriff und Art.2 Abs.1 GG, in DVBl 1958, S.481 ff. (485); "die Gesamtheit der das sittliche Verhalten bestimmenden Normen"; ähnlich SCHEUNER, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in VVdSt Bd.11 (1954) S.1 ff. (61), sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.12.54 - BVerwG I C 14,53 - BVerwGE 1, S.303 ff. (307); vgl. auch die in Fn 41 zitierte Entscheidung des Bundesfinanzhofs.

179) Urteil vom 10.5.1957 - 1 BvR 550/52 - BVerfGE 6, S.389 ff. (434 f.).

180) Fritz BAUER, a.a.O., S.43.

181) Fritz BAUER, ebenda.

182) In demselben Sinne DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 16 zu Art.2 Abs.1.

183) Bundesverfassungsgericht, a.a.O.

184) KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm.IV 3 zu Art.2; desgleichen STÜMMER, Das Sittengesetz im öffentlichen Bereich, in BayVBl 1965, S.185 ff. (190).

185) PETERS, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Laun-Festschrift, S.669 ff. (677).

186) OTT, a.a.O., S.189.

Tatsache sieht, daß der Staat im Interesse der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit aller Bürger der Religion grundsätzlich neutral gegenübersteht¹⁸⁷⁾.

Beträchtlich sind die Meinungsverschiedenheiten in der Frage, inwieweit bei der Konkretisierung jener von WINTRICH genannten "Sittlichkeitsnormen" auch auf außerdeutsche Kulturkreise abzustellen ist.

1. Gegen eine Einbeziehung des außerhalb unserer Rechtsgemeinschaft wirkenden sittlichen Bewußtseins wendet sich Günter DÜRIG¹⁸⁸⁾. Er tritt dafür ein, bei der Ausfüllung der Schranke "Sittengesetz" lediglich das sittliche Bewußtsein unserer, also der deutschen¹⁸⁹⁾ Rechtsgemeinschaft heranzuziehen¹⁹⁰⁾;

187) OTT (ebenda) entnimmt der vom Bundesverfassungsgericht (a.a.O.) getroffenen Feststellung, wonach "große Teile des Volkes die Maßstäbe für ihr sittliches Verhalten" aus der christlichen Lehre herleiten, "nur ein Indiz zur Feststellung des Inhalts des Sittengesetzes"; für allgemeinverbindlich - im Sinne der von WINTRICH vorgelegten Umschreibung des "Sittengesetzes" - hält er die Zehn Gebote nicht.

188) DÜRIG, a.a.O., Rn 16 zu Art.2 Abs.1, unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 10.5.57 - 1 BvR 550/52 - BVerfGE 6, S.389 ff. (436) = NJW 1957, S.865 ff. (867).

189) Auf die Tatsache, daß das Wort "d e u t s c h e Rechtsgemeinschaft" selbst wegen der politischen Entwicklung ein auslegungsbedürftiger Begriff geworden ist, geht DÜRIG nicht ein. Auch andere Autoren, die im Zusammenhang mit dem "Sittengesetz" von der "deutschen Rechtsgemeinschaft" sprechen, gehen über die Frage hinweg, ob man auf die Bundesrepublik Deutschland oder etwa auf den Bestand von Rechtsüberzeugungen abstellen soll, der der BRD und der DDR als gemeinsamer verblieben ist. Nur OTT, a.a.O., beschränkt den Personenkreis, dessen Anschauungen bei der Deutung des "Sittengesetzes" maßgebend sein sollen, ausdrücklich auf die Bewohner der BRD.

190) Daß dabei spezifisch ausgeprägte Anschauungen einzelner Bevölkerungskreise nur dann zu berücksichtigen sind, wenn die allgemeine Auffassung wiederum jenen Gruppen diese Anschauungen zugesteht, ist heute unbestritten. (Vgl. hierzu DÜRIG, a.a.O.). Diese Klarstellung wurde lediglich angesichts des Urteils des LVG Rheinland-Pfalz vom 29.5.1952 - 2 LVG 250/51 - DÖV 1952, S.664 ff. (669) notwendig, das bei der Ausfüllung des "Sittengesetzes" einzig und allein auf die Auffassung in einem regional abgegrenzten Bezirk abstellte.

und diese ohnehin niedrige Schranke wird bei DÜRIG noch dadurch verkleinert, daß er unter jenem Bewußtsein nicht die allgemeinen sittlichen Normen der deutschen Rechtsgemeinschaft schlechthin, sondern nur solche Vorstellungen versteht, die im rechtsgeschäftlichen Verkehr¹⁹¹⁾ durch langbewährte Begriffe wie "gute Sitten" sowie "Treu und Glauben" umschrieben werden¹⁹²⁾.

2. Friedrich KLEIN¹⁹³⁾ und Hans PETERS¹⁹⁴⁾ wollen bei der Auslegung des Sittengesetzes im Sinne von Art.2 Abs.1 GG nicht nur auf die sittlichen Anschauungen speziell deutscher Prägung, sondern schlechthin auf solche sittlichen Normen zurückgreifen, die Allgemeingut der abendländischen Kultur sind.

3. Demgegenüber erachtet Andreas HAMANN¹⁹⁵⁾ das "Sittengesetz" als Inbegriff derjenigen Normen, die Allgemeingut aller Kulturvölker auf sittlichem Gebiet sind.

4. Hans Carl NIPPERDEY¹⁹⁶⁾ hält die Einbeziehung von Allgemeingütern der vorstehend genannten Art in den Begriff "Sittengesetz" zwar für richtig, jedoch erhöht er diese der Entfaltungsfreiheit gesetzte Schranke, indem er - insofern wie KLEIN und PETERS - auch das Allgemeingut der abendländischen Kultur als Bestandteil des "Sittengesetzes" ansieht. Zu die-

191) Daß die rechtsgeschäftlichen Begriffe "Treu und Glauben" sowie "gute Sitten" (z.B. im Sinne der §§ 138, 826 BGB) nicht das gesamte sittliche Bewußtsein einer Rechtsgemeinschaft repräsentieren, hat besonders NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.824, hervorgehoben.

192) Hinsichtlich der Einbeziehung der "guten Sitten" sind LAUFKE, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in Lehmann-Festschrift, S.145 ff. (179), sowie E.R.HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.I, S.664, derselben Ansicht wie DÜRIG.

193) KLEIN, a.a.O., Anm. IV 3 zu Art.2.

194) Hans PETERS, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Laun-Festschrift, S.669 ff. (677).

195) HAMANN, Kommentar, 2.Aufl., Anm. B 7 zu Art.2.

196) NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.821.

ser Grundrechtsschranke gehören nach NIPPERDEY ferner alle jene sittlichen Normen, die von der Allgemeinheit speziell des deutschen Volkes als verbindlich angesehen werden und von der subjektiven Anerkennung des einzelnen unabhängig sind.

ANHANG: Der Begriff der "immanenten Schranken" bei der Interpretation des Art.2 Abs.1 GG

Der Begriff des "Immanenten" taucht bei der Suche nach den Grenzen des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit vielfach, und zwar in durchaus schillerndem Gewand, auf. Klarzustellen ist, daß sich hinter der gelegentlich anzutreffenden Wortprägung "Immanenzklausel"¹⁹⁷⁾ keine konkrete Sinngebung für eine der drei ausdrücklich benannten Schranken des Art.2 Abs.1 GG verbirgt. Diese "Klausel" enthält lediglich die - grundsätzlich unbestrittene¹⁹⁸⁾ - Aussage, daß die Bestimmungen des Grundrechtskatalogs nicht als von vornherein unbegrenzt gedacht werden können.¹⁹⁹⁾ Dem Ausdruck "immanente Schranken" werden im verfassungsrechtlichen Sprachgebrauch folgende unterschiedliche Bedeutungen beigelegt:

197) Z.B. bei NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.809.

198) Vgl. etwa SCHEUNER, Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, in DÖV 1956, S.65 und S.69.

199) In diesem Sinne E.R. HUBER, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, in DÖV 1956, S.135. Diese generelle Aussage hat das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung - ohne spezielle Bezugnahme auf die verfassungsmäßige Ordnung im Sinne von Art. 2 Abs.1 GG - zu folgender Formel konkretisiert: "Es gehört zum Inbegriff aller Grundrechte, daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürfen, wenn dadurch die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden; denn jedes Grundrecht setzt den Bestand der staatlichen Gemeinschaft voraus, durch die es gewährleistet wird", vgl. z.B. Urteil vom 8.12.1953 - BVerwG I C.100.53 - BVerwG VII C.111.57 - BVerwGE 7, S.125 ff. (139). Im Grundsätzlichen zustimmend Eike VON HIPPEL, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S.30 mit Fn 37. Ablehnend Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 11.6.1958 - 1 BvR 596/56 - BVerfGE 7, S.377 ff. (411); KIMMINICH, Zur Theorie der immanenten Schranken

1. Theodor MAUNZ²⁰⁰⁾ sieht in der Schrankentrias des Art.2 Abs.1 GG allgemeine, jedem Freiheitsrecht bereits von Verfassungen wegen innewohnende "immanente Schranken". Demnach stellen die drei Komponenten des "Soweit"-Satzes nicht mehr dar als die (deklaratorische) Nachzeichnung einer vorgegebenen Begrenzung²⁰¹⁾, so daß eine Einschränkung der Entfaltungsfreiheit durch den Gesetzgeber lediglich als Interpretation dieser Schranken gedacht werden könne.

2. Als "immanente Schranke" oder innere Begrenzung bezeichnet Ulrich SCHEUNER²⁰²⁾ die sich bei jedem Grundrecht "aus seiner geistesgeschichtlichen Sinngebung und seiner Geschichte" ergebende Begrenzung. Neben dieser Begrenzung kommen für SCHEUNER folgende "von außen herantretende" Schranken in Frage:

- a) die im einzelnen Grundrecht selbst zugelassenen Beschränkungen (Gesetzesvorbehalte; Ermächtigungen an den Gesetzgeber zur näheren inhaltlichen Ausgestaltung wie z.B. bei Art. 14 GG);
- b) die allgemeinen aus den Grundprinzipien der Verfassung resultierenden Beschränkungen aller Grundrechte. Eine Nachzeichnung dieser Art von Schranken ist für SCHEUNER die Schrankentrias des Art.2 Abs.1 GG.

Eine innere Begrenzung im Sinne der SCHEUNERSchen Schrankensystematik, also eine im Wesen des Grundrechts liegende Beschränkung, enthält Art.2 Abs.1 GG dann, wenn man wie SCHEUNER selbst²⁰³⁾ entsprechend der Persönlichkeitskerntheorie²⁰⁴⁾

des Asylrechts, in JZ 1965, S.739 ff. (743). Zu der festgeführten Überzeugung von immanenten Grundrechtsbegrenzungen in den USA s.Eike VON HIPPEL, a.a.O., S.24, 34.

200) MAUNZ, Deutsches Staatsrecht, 16.Aufl., (1968), S.105.

201) So wohl auch E.R. HUBER, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, S.135, nach dessen Auffassung die Frage nach den immanenten Schranken nur dann berechtigt ist, wenn es zu ermitteln gilt, welche immanenten Schranken der Entfaltungsfreiheit sich aus den drei Vorbehalten des "Soweit"-Satzes erschließen lassen.

202) SCHEUNER, Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, in DÖV 1956, S.65 ff. (69).

203) SCHEUNER, Pressefreiheit, in VVdSt., Heft 22 (1965), S.1

die Wirkungsbreite der Entfaltungsfreiheit - ohne Blick auf deren positivierte Schranken - bereits durch enge Auslegung der Gewährleistung selbst einschränkt.²⁰⁵⁾

3. Eine wiederum andere Prägung erhält der Begriff des "Immanenten" in der von Friedrich KLEIN²⁰⁶⁾ entwickelten Schrankensystematik. KLEIN führt den Begriff der immanenten sachlichen und der immanenten persönlichen Gewährleistungsschranken ein. Im Rahmen dieser Terminologie wird eine Grundrechtsbegrenzung darin gesehen, daß der Begriff des gewährleisteten Objekts (immanente sachliche Gewährleistungsschranke) bzw. des Grundrechtssubjekts (immanente persönliche Gewährleistungsschranke) genau und unausweitbar vorgezeichnet ist bzw. durch Auslegung festgelegt wird. Speziell beim Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit sieht KLEIN insofern eine immanente Begrenzung, und zwar eine immanente s a c h l i c h e ²⁰⁷⁾ Gewährleistungsschranke, als er den Inhalt des ersten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG im Sinne der Persönlichkeitskerntheorie deutet.²⁰⁸⁾ Wer demgegenüber der herrschenden, weiten Auslegung Raum gibt und in Halbs.1 die "allgemeine Handlungs-

ff. (38 mit Fn 111), anders noch in Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in VVdSt Heft 11 (1954), S.1 ff. (59, 61).

204) Siehe hierzu oben S. 13 ff.

205) Vgl. hierzu NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.809.

Für eine innere Begrenzung der Grundrechte haben sich in jüngerer Zeit mit Nachdruck eingesetzt: HAEBERLE, Die Wesensgehaltsgarantie des Art.19 Abs.2 GG, S.46 ff.; Jörg Paul MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, S.13.

206) KLEIN, a.a.O., Vorbem. B XV.

207) Beispiel für eine immanente p e r s ö n l i c h e Gewährleistungsschranke: "alle Deutschen" in Art.8 Abs.1 GG (s.KLEIN, a.a.O., Vorbem. B XV 2 c).

208) Siehe hierzu oben S. 13 mit Fn 41.

Daß die Auslegung des Art.2 Abs.1 GG im Sinne der Persönlichkeitskerntheorie in methodischer Hinsicht als Errichtung einer immanenten sachlichen Gewährleistungsschranke bezeichnet werden kann, wird von KLEIN nicht ausdrücklich hervorgehoben.

freiheit" garantiert sieht, kann die Frage nach den Grenzen der Entfaltungsfreiheit nur noch mit Hilfe des "Soweit"-Satzes²⁰⁹⁾, jedenfalls außerhalb von Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG, beantworten; für eine immanente Gewährleistungsschranke im Sinne KLEINS bleibt bei dieser Auslegung kein Raum. Während nämlich jene herrschende These von der Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit die Behauptung enthält, Persönlichkeit im Sinne von Art.2 Abs.1 GG bedeute nichts anderes als "Person"²¹⁰⁾, kommt diesem vom Verfassungsgeber gewählten Begriff im Lichte der Persönlichkeitskerntheorie eine spezifische, durch eine immanente sachliche Gewährleistungsschranke modifizierte Bedeutung zu:

Indem die Persönlichkeitskerntheorie auf Grund des Art.2 Abs. 1 Halbs.1 GG nur das "Mindestmaß menschlicher Handlungsfreiheit garantiert sieht, ohne das der Mensch seine Wesensanlage als **g e i s t i g s i t t l i c h e** ²¹¹⁾ Person überhaupt nicht entfalten kann"²¹²⁾, läßt sie die Entfaltungsfreiheit nur insoweit einer Person zuteil werden, als deren Handeln von einem Persönlichkeitswert gekennzeichnet ist.²¹³⁾ Persönlichkeitswert wird nach dieser Auffassung also nicht schon durch das Menschsein schlechthin, sondern nur bei jener personalen Entfaltung offenbar, die, an vorgegebenen sittlichen Werten gemessen, dem Kernbereich des Menschseins zuzuordnen ist.

209) Vgl. NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.809 ff.

210) Ausdrücklich wird diese Gleichsetzung von NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.770 f., betont.

211) Hervorhebung nur hier.

212) Vgl. oben, S. 14.

213) Vgl. die gute Formulierung im Urteil des VGH Freiburg vom 12.9.1955 - 49/53 - (nicht rechtskräftig), in JZ 1955, S.18 ff. (25): "Nur soweit das 'Handeln' eines Menschen mit dessen Persönlichkeitswerten in Beziehung steht, kann dieser vor hoheitlichen Zugriffen grundsätzlich geschützt sein. Nicht in jedem Handeln offenbart sich daher die Persönlichkeit. Ein Handeln ohne Persönlichkeitswert, ein Handeln, das sich in einem Hinweis auf tatsächliche Beziehungen und Zugehörigkeiten erschöpft, und ein lediglich äußeres Inerscheintreten werden in Art.2 GG nicht erfaßt."

D Die unterschiedlichen Auffassungen zum Verhältnis des
Garantiengehaltes des Rechts auf freie Entfaltung der
Persönlichkeit zum Garantiengehalt der ausdrücklich
gewährleisteten Einzelfreiheitsrechte

Diejenigen Autoren, die das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit als Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts erachten,²¹⁴⁾ stehen vor der Schwierigkeit, das Verhältnis dieses Grundrechts zu den Einzelfreiheitsrechten der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG zu bestimmen.

Dieser Schwierigkeit sind die Gegner des Grundrechtscharakters des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit von vornherein enthoben. Mit der Verneinung des subjektivrechtlichen Charakters des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit wird jeder Gedanke an eine Konkurrenzstellung dieses Verfassungssatzes zu den Grundrechten der Artikel 2 Abs. 2 und 4 ff. GG gegenstandslos; der innere Zusammenhang zwischen dem auf die objektivrechtliche Funktion beschränkten Art.2 Abs.1 GG einerseits und den Grundrechten des Katalogs andererseits kommt dadurch zum Tragen, daß Art.2 Abs.1 Halbs. 1 GG zur Auslegung dieser Grundrechte herangezogen werden kann.

I. Die Verneinung jedweden Zusammenhangs zwischen dem
Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und
den Einzelfreiheitsrechten

Angefacht wurde die Diskussion über die genannte Verhältnisbestimmung, als das Bundesverwaltungsgericht sowie einige nachgeordnete Gerichte eine gutachtliche Stellungnahme des Bundesgerichtshofs²¹⁵⁾ aufgriffen und in den ausdrücklich

214) Siehe dazu oben S. 2 ff.

215) Gutachten des Bundesgerichtshofs vom 28.4.1952 - VRG 3/52 - DVBl 1953, S.471. Der Bundesgerichtshof hat an dieser Auffassung nicht festgehalten; in neuerer Zeit sieht er in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre

gewährleisteten Einzelfreiheitsrechten wesensmäßig von Art.2 Abs.1 GG losgelöste Grundrechte sahen.²¹⁶⁾⁽²¹⁷⁾

in Art.2 Abs.1 GG die *lex generalis* zu den Einzelfreiheitsrechten; das ist dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2.4.1957 - VI ZR 9/56 - BGHZ 24, S.72 ff. (78) zu entnehmen.

216) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.12.1953 - BVerwG I C 90.53 - BVerwGE 1, S.48 ff. (51) (Hamann, in NJW 1954, S.614 - Urteilsanmerkung -, stimmt der Entscheidung grundsätzlich zu, will aber den 2. Halbsatz von Art. 2 Abs.1 GG für die Begrenzung der ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechte nutzbar machen.) Demgegenüber wird im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 10.7.1958 - BVerwG I C 177.54 - BVerwGE 8, S.14 ff. (15), der enge gedankliche Zusammenhang zwischen Art.2 Abs.1 GG und einem Einzelgrundrecht (Art.12 GG) gesehen. Zu der Annahme, das Gericht entscheide sich damit für die "*lex generalis-lex specialis*-Auffassung", berechtigt aber auch dieses Urteil nicht; eindeutig im Sinne dieser Auffassung ist das Urteil vom 24.3.1961 - BVerwG VII C 29.60 - BVerwGE 12, S.140 ff. (161) zu verstehen. Im Urteil vom 22.2.1962 - BVerwG II C 145.59 - BVerwGE 14, S.21 ff. (27) wird wiederum nicht ganz eindeutig von der "Konkurrenz" eines Einzelgrundrechts zu Art.2 Abs.1 GG gesprochen. Die Tatsache, daß das Bundesverwaltungsgericht die Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG grundsätzlich von Art.2 Abs.1 GG löst, führt folgerichtig dazu, daß Einzelfreiheitsrechte u n d Art.2 Abs.1 GG geprüft werden; vgl. z.B. Urteil vom 22.2.1962 - BVerwG II C 145.59 - BVerwGE 14, S.21 ff. (27); Urteil vom 5.5.1964 - BVerwG VIII C 81.62 - BVerwGE 18, S.254 ff. (268). Demzufolge treten das Bemühen und der Zwang, den Inhalt des Art.2 Abs.1 GG gegen den Inhalt des ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechts abzugrenzen, in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in den Hintergrund. (In diesem Sinne auch HESSE, Gesetzgeber, S. 62 mit Fn 73).

Auch HAMEL, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S.36, hat die Einzelfreiheitsrechte nicht als *leges speciales* zu Art.2 Abs.1 GG erachtet. Das ist im Rahmen der von HAMEL, a.a.O., aufgestellten Systematik folgerichtig: Er kennzeichnet das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zwar als Grundrecht, begrenzt dessen Inhalt aber nach Maßgabe der Persönlichkeitskerntheorie (s.auch oben Fn 41. In seiner Abhandlung "Der Apothekenrabatt der Krankenkassen", NJW 1967, S.1496 ff., weicht HAMEL allerdings von dieser Auffassung ab). Der so eng ausgelegte Art.2 Abs.1 GG könnte gar nicht als *lex generalis* für jedwedes Einzelfreiheitsrecht des Grundrechtskatalogs gedacht werden; denn die meisten Einzelgrundrechte gewähren mehr als nur das, was - nach dem Sprachgebrauch der Persönlichkeitskern-

Die vom Bundesverwaltungsgericht gegebene Begründung, daß ein Einzelgrundrecht - hier Art.12 GG - schon deshalb kein Ausfluß von Art.2 Abs.1 GG sein könne, weil sonst die ausdrückliche Gewährleistung derartiger Einzelgrundrechte überflüssig erscheinen müsse, wurde allgemein als eine Verkenntung der Möglichkeiten angesehen, die der Gesetzgebungstechnik durch die Konstruktion "lex generalis - lex specialis" an die Hand gegeben sind.²¹⁸⁾

II. Die Kennzeichnung der Einzelfreiheitsrechte als leges speciales zum Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit

Diejenigen Interpreten, für die Art.2 Abs.1 GG ein Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts²¹⁹⁾ sowie die Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit²²⁰⁾ enthält, sind heute nahezu einhellig der Auffassung, daß es sich bei den Einzelfreiheitsrechten der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG um Normen handelt, die bestimmte Ausschnitte aus der all-

theorie - als "Auswirkung des echten Menschentums im Sinne der abendländischen Kulturgemeinschaft" anzusehen ist.

Demgemäß kommt auch Hans PETERS ganz zwangsläufig zur Verneinung des Verhältnisses lex generalis - lex specialis (vgl. PETERS, Referat, S.50 f.). Im Gegensatz zu HAMEL löst PETERS (a.a.O., S.34) diese Einzelfreiheitsrechte aber nicht von Art.2 Abs.1 GG los. Im Zuge seines Bemühens, die Schranken des "Soweit"-Satzes für die Begrenzung der Einzelfreiheitsrechte fruchtbar zu machen, kennzeichnet er den Art.2 Abs.1 GG als die Grundlage aller Einzelfreiheitsrechte; diese seien zusätzliche, genauere Umschreibungen des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit.

217) Als Beispiele für die einschlägige Rechtsprechung nachgeordneter Gerichte seien genannt: Vorlagebeschluß des OVG Lüneburg vom 19.1.1955 - IV OVG A 43/54 - DVBl 1955, S.187; Urteil des OVG Münster vom 31.8.1955 - IV A 274/54 - DVBl 1956, S.138 ff.

218) In diesem Sinne z.B. DÜRIG in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 7 zu Art.2 Abs.1.

219) Siehe oben S. 2 ff.

220) Siehe oben S. 20 ff.

gemeinen Handlungsfreiheit unter Grundrechtsschutz stellen, und daß Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG überall dort zurücktritt, wo sein Freiheitsgehalt thematisch von jenen Einzelfreiheitsrechten verbraucht ist²²¹⁾. Nach dieser Deduktion sind die Einzelfreiheitsrechte der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG *leges speciales* zu Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG (*lex generalis*); und demgemäß kommt Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG nur dann zum Tragen, wenn für die jeweils aktuellen Ausprägungen des im Sinne der allgemeinen Handlungsfreiheit gelesenen Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit keine ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechte zur Verfügung stehen²²²⁾.

221) So namentlich DÜRIG, a.a.O., Rn 6 zu Art.2 Abs.1; NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.761 ff.; SCHOLTISSEK, Innere Grenzen der Freiheitsrechte, in NJW 1952, S.562 ff. (563). Ebenso das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, zuerst im Urteil vom 20.10.1954 - 1 BvR 527/52 - BVerfGE 4, S.52 ff. (57), neuestens im Beschluß vom 5.3.1968 - BvR 579/67 - BVerfGE 23, S.50 ff. (55 f.) = NJW 1968, S.979 ff. (981); eine sehr genaue Formulierung dieser Auffassung z.B. im Urteil vom 14.12.65 - 1 BvR 413, 416/60 - BVerfGE 19, S.206 ff. (225): Das Gericht betont hier, "daß die besonderen Grundrechtsnormen für ihren Bereich die Anwendung des Art.2 Abs.1 GG ausschließen... Dies gilt aber nur, soweit eine Verletzung des Art.2 Abs.1 GG und einer besonderen Grundrechtsnorm unter demselben sachlichen Gesichtspunkt in Betracht kommt". Weitere Hinweise auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei NIPPERDEY, ebenda. Daß das Gericht an seiner "lex generalis - lex specialis-Auffassung" gelegentlich (z.B. Beschluß vom 12.11.58 - 2 BvL 4,26,40/56, 1,7/57 - BVerfGE 8, S.274 ff. (329)) nicht ganz folgerichtig festgehalten hat, deckt EHMKE, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, S.82, auf; in diesem Sinne nicht folgerichtig auch der oben Fn 43 zitierte Beschluß vom 14.7.1959 - BVerfGE 10, S.55 ff., wo das Gericht zunächst Art.14 GG und sodann ohne nähere Begründung noch den Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG als Prüfungsmaßstab herangezogen hat. Diese vereinzelten Abweichungen von der "lex generalis-lex specialis-Auffassung" werden überbewertet von SCHMIDT, Die Freiheit vor dem Gesetz, in AÖR Bd.91 (1966), S.52.

222) Für die auf diese Weise auf der Grundlage des Art.2 Abs.1 GG entstehenden Grundrechte wird im folgenden im Anschluß an WEHRHAHN, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, in AÖR Bd.82 (1957), S.250 ff. (253), die Bezeichnung "Innominatrechte" verwandt. (SCHÄTZLER, Bundesverfassungsgericht und

III. E.R. HUBERs These von der Garantienkonkurrenz
durch Garantienüberlagerung

Als "nähere Durchführung der Generalklausel des Art.2 Abs.1 GG" werden die ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechte von E.R.HUBER²²³⁾ bezeichnet. Seine Ausführungen lassen nicht darauf schließen, daß er bereit wäre, im Sinne des Verhältnisses: *lex generalis* - *lex specialis* die Wirkungskraft des Art.2 Abs.1 GG jeweils dann zu verneinen, wenn der Freiheitsschutz bereits durch ein Einzelgrundrecht oder mehrere Einzelgrundrechte der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG gewährleistet ist. HUBERs Schrankenlehre läßt vielmehr die Möglichkeit einer "Garantienüberlagerung" offen.²²⁴⁾ Folgt man dieser Lehre, so hat der Rechtsuchende die Wahl, sich auf Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG, auf das einschlägige Einzelfreiheitsrecht oder auf beide zu berufen.²²⁵⁾ Diese Übereinstimmung mit der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts, das, wie gezeigt, ebenfalls den Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG neben den Einzelfreiheitsrechten als Prüfungsmaßstab heranzuziehen bereit ist, erlaubt jedoch nicht den Schluß, HUBER und das Bundesverwaltungsgericht seien im Ergebnis einer Meinung. Vielmehr

verfassungsmäßige Ordnung, in NJW 1957, S.819, spricht in diesem Zusammenhang von "unbenannten Freiheiten".)

223) E.R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.I, S.661.

224) So mit Recht NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.760. Hans PETERS, Referat, S.50 f., sieht in Art.2 Abs.1 GG "die Grundlage aller Grundrechte, die dann lediglich auf Grund geschichtlicher Erfahrung für die einzelnen Freiheiten noch zusätzlich näher umschrieben worden sind." Obwohl PETERS - wie HUBER - den Art.2 Abs.1 GG nicht als *lex generalis* der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG erachtet und diese Einzelfreiheitsrechte in den Wirkungsbereich des "Soweit"-Satzes einbezieht, besteht zwischen der von HUBER und PETERS zu Art.2 Abs.1 GG vorgetragenen Auslegung keine Übereinstimmung; denn während HUBER in Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG die "allgemeine Handlungsfreiheit" garantiert sieht, schützt dieser Artikel nach Auffassung von PETERS nur den Kernbereich des Person-Seins (vgl. oben, S. 13 ff.).

225) WEHRHAHN, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, in AÖR Bd.82 (1957), S.250 ff. (257).

betont HUBER²²⁶⁾ jenen engen gedanklichen Zusammenhang zwischen Art.2 Abs.1 GG und den ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechten wesentlich stärker als die - insofern nicht ganz einheitliche - Rechtsprechung des Gerichts²²⁷⁾, und, anders als das Bundesverwaltungsgericht, bezieht er in den Wirkungsbereich des "Soweit"-Satzes alle Einzelfreiheitsrechte ein²²⁸⁾.

Warum diese von HUBER vertretene These von der Garantienkonkurrenz durch Garantienüberlagerung in Literatur und Praxis²²⁹⁾ wenig Anklang gefunden hat, versucht NIPPERDEY²³⁰⁾ zu ergründen. Da bei Annahme der Garantienüberlagerung der Schutz, der durch eines der Einzelfreiheitsrechte gewährt wird, schon durch Berufung auf Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG erreicht werden kann, sei zu erwarten, daß bei Billigung der HUBERSchen Schrankenlehre in der Rechtspraxis dem Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG der Vorzug vor den ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechten gegeben werde²³¹⁾ und daß diese insofern, wie NIPPERDEY sagt, "ausgehöhlt" würden.

E Die unterschiedlichen Auffassungen zum Geltungsbereich des "Soweit"-Satzes

Der enge sachliche Zusammenhang der Auslegung von Halbs.1 und der Auslegung von Halbs.2 des Art.2 Abs.1 GG bringt es mit sich, daß schon die Fixierung des Verhältnisses von Halbs.1

226) HUBER, a.a.O., S.661.

227) Vgl. oben Fn 216, erster Absatz.

228) Siehe hierzu unten S. 64.

229) In den ersten Jahren seines Bestehens hat das Bundesverfassungsgericht vereinzelt, aber ohne daß darin ein ausdrückliches Bekenntnis zu der HUBERSchen Lehre gesehen werden könnte, eine freiheitsbeschränkende Maßnahme auf ihre Vereinbarkeit sowohl mit ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechten als auch mit Art.2 Abs.1

zu den Freiheitsrechten der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG
Festpunkte für die Beantwortung der Frage nach dem Geltungs-
bereich des "Soweit"-Satzes setzt.

I. So gesehen handelt es sich nur um die folgerichtige Aus-
wertung einer Prämisse, wenn das Bundesverwaltungsgericht
seine Ansicht, die ausdrücklich gewährleisteten Einzelfrei-
heitsrechte seien von Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG unabhängige
Grundrechte,²³²⁾ mit der These verbindet, der "Soweit"-Satz
könne nur diejenigen Grundrechte beschränken, die aus dem
als Auffangrecht verstandenen Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG abge-
leitet werden.²³³⁾

II. Die These, Art.2 Abs.1 GG sei *lex generalis* der ausdrück-
lich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechte,²³⁴⁾ führt, wenn
sie genau beachtet wird, bei der Frage nach dem Geltungsbe-
reich des "Soweit"-Satzes zu folgender Antwort: Wie die Frei-
heitsgewährleistungen der Art.2 Abs.2 und 4 ff. GG Teilbe-
reiche des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus-

Halbs.1 GG geprüft; vgl. oben Fn 221.

230) NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.762.

231) Diese Bedenken wegen einer "Flucht in die Generalklausel"
tragen bei WEHRHAHN, a.a.O., S.258 ff., 262 und 270 ff.,
zur Verneinung der Grundrechtsqualität des Rechts auf
freie Entfaltung der Persönlichkeit bei; vgl. auch oben
S. 9 f.

232) Vgl. oben S.56 ff.

233) Vgl. das oben in Fn 216, erster Absatz, näher bezeichne-
te Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.12.1953
sowie das Urteil vom 24.5.1956 - BVerwG I C 92.55 -
BVerwGE 3, S.303 ff. (304).
HAMANN, in NJW 1954, S.614 (Urteilsanmerkung), billigt
die gedankliche Trennungslinie nur, soweit es um das
Verhältnis des Gewährleistungstatbestandes von Art.2
Abs.1 GG zu dem der ausdrücklich gewährleisteten Einzel-
freiheitsrechte geht. Den "Soweit"-Satz des Art.2 Abs.1
GG will er hingegen durchaus zur Beschränkung dieser
Einzelfreiheitsrechte heranziehen. Ob sich nach Meinung
des Bundesverwaltungsgerichts unter dem Einfluß seiner
wechselnden Aussagen zum Verhältnis des Art.2 Abs.1
Halbs.1 GG zu den Einzelfreiheitsrechten (vgl. die oben
Fn 216, erster Absatz, genannten Urteile) auch der Gel-
tungsbereich des "Soweit"-Satzes ändern soll, ist den

drücklich unter Grundrechtsschutz stellen und auf Grund ihrer Eigenschaft als *leges speciales* diesen jeweiligen Teilbereich abschließend und erschöpfend regeln, so ist auch die Schrankenziehung, die der Verfassungsgeber für jede dieser ausdrücklichen Freiheitsgewährleistungen getroffen hat, als abschließend und erschöpfend zu betrachten.²³⁵⁾ Tatsächlich wird diese Schlußfolgerung vom Bundesverfassungsgericht²³⁶⁾ und von fast²³⁷⁾ allen anderen Befürwortern der *lex generalis*-Eigenschaft des Art.2 Abs.1 Halbs.2 GG gezogen.²³⁸⁾

einschlägigen Entscheidungen nicht zu entnehmen.

234) Siehe oben S. 58f.

235) Diese Zwangsläufigkeit ist einer der Gründe, deretwegen PETERS, Referat, S.50 in Verbindung mit S.18, die Kennzeichnung des Art.2 Abs.1 GG als *lex generalis* ablehnt.

236) In Übereinstimmung mit PETERS, ebenda, sowie mit Ernst HESSE, Gesetzgeber, S.60, 68, kann dem "Elfes"-Urteil (vgl. oben Fn 6) nicht entnommen werden, das Bundesverfassungsgericht wolle die ohne Sonderschranken gebliebenen Einzelfreiheitsrechte der Schrankentrias des Art. 2 Abs.1 GG unterwerfen; (so aber WEHRHAHN, a.a.O., S.255). Auch die weitere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis von Art.2 Abs.1 GG zu den Artikeln 2 Abs.2 und 4 ff. GG enthält keine Bestätigung für die Annahme WEHRHAHNs. Das Gericht hat seine "*lex generalis* - *lex specialis* - Auffassung" ständig bekräftigt (in jüngster Zeit z.B. Beschluß vom 5.5.64 - 1 BvR 416/61, 106/62 - BVerfGE 17, S.381 ff. (389) und Beschluß vom 23.1.1968 - 1 BvR 709/66 - BVerfGE 23, S. 50 ff. (55)), - ohne allerdings auf Grund einer konkreten Rechtssache zu den Folgen Stellung nehmen zu müssen, die sich aus seiner Auffassung für die Schrankenseite ergeben.

Die Ansicht, der "Soweit"-Satz gelte auch für die ohne Schranken gewährten Einzelfreiheitsrechte, nicht aber für die mit Sonderschranken versehenen, hat in der Rechtsprechung bislang, soweit ersichtlich, nur das OVG Hamburg vertreten (Urteil vom 5.9.1951 - Bf I 131/51 - DVBl 1952, S.374).

237) SCHOLTISSEK, a.a.O., hält die ausdrücklich gewährten Einzelfreiheitsrechte zwar für *leges speciales* des Art. 2 Abs.1 Halbs.1 GG, sieht aber gleichwohl keine Bedenken, die Geltung des "Soweit"-Satzes auf diese Einzelfreiheitsrechte zu erstrecken.

238) So z.B. von DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 6 ff. zu Art.2 Abs.1; MAUNZ, Staatsrecht, 16.Aufl. (1968), S. 105. Allerdings wollen diese Autoren den "Soweit"-Satz des Art.2 Abs.1 GG als "Verfassungsvorbehalt zur Interpretation immanenter Grundrechtsschranken" aufgefaßt

III. Auch die Lehren Friedrich KLEINS und Ernst Rudolf HUBERS zum Geltungsbereich der Schrankentrias sind durch die Auffassung präjudiziert, die diese beiden Autoren zum Verhältnis des Garantiengehalts des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG zum Garantiengehalt der ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechte vertreten:

1. HUBER verbindet seine Lehre von der Garantienkonkurrenz durch Garantienüberlagerung²³⁹⁾ mit der These, die Schrankentrias gelte sowohl für die nicht ausdrücklich beschränkten als auch für die mit Sonderschranken versehenen Freiheitsgrundrechte des Grundrechtskatalogs.²⁴⁰⁾ Nachdem HUBER ferner dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit einmal den Rang eines Grundrechts und damit einer Auffangnorm zugesprochen hat,²⁴¹⁾ erstreckt er den Geltungsbereich des "Soweit"-Satzes folgerichtig auch auf diejenigen Grundrechte, die nach seiner Auffassung aus Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG zu entwickeln sind ("Innominatrechte").²⁴²⁾

wissen; in diesem Sinne auch NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.767; SCHMIDT, Die Freiheit vor dem Gesetz, in AÖR Bd.19 (1966), S.79. Gegen die Unterordnung der positivierten Einzelfreiheitsrechte unter den "Soweit"-Satz auch Ernst HESSE, Gesetzgeber, S.65.

239) Siehe oben S. 60 f.

240) Ohne erkennen zu lassen, ob der Geltungsbereich des ersten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG im Sinne der "lex generalis-lex specialis-Auffassung" oder gemäß der These von der Garantienkonkurrenz durch Garantienüberlagerung zu umschreiben sei, kommen Herbert KRÜGER, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, in DVBl 1950, S.625 ff. (627), und SCHIERHOLT, Numerus clausus und Grundgesetz, in DVBl 1950, S.69 ff. (71), zu demselben Ergebnis wie HUBER. Wie HUBER auch HAMANN, in NJW 1954, S.614 (Urteilsanmerkung) (vgl. auch oben Fn 216, erster Absatz); PETERS, Referat, S.50 f.; SCHOLTISSEK, a.a.O.; vgl. auch oben Fn 237; ferner Urteil des OLG München vom 28.10.1955 - 8 U 1648/55 - NJW 1957, S.793 ff. (795) sowie Urteil des OVG Münster vom 20.9.1950 - III A 510/50 - DVBl 1951 S.376 ff. (378). Gegen HUBER z.B. NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.766.

241) E.R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.I, S.660 f.

242) HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.I, S.661. Hier stimmt HUBER mit allen Autoren und Gerichten überein, die das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit

2. Friedrich KLEIN ist der Auffassung, die Schrankentrias gelte sowohl für die nicht ausdrücklich beschränkten als auch - insoweit nur subsidiär - für diejenigen Einzelfreiheitsrechte, die ausdrücklich mit Schranken ausgestattet worden sind.²⁴³⁾ Das Wirkungsfeld des Art.2 Abs.1 Halbs.2 GG so weit abzustecken, hält KLEIN für unumgänglich, weil er, wie ausgeführt²⁴⁴⁾, auch die seines Erachtens allein objektivrechtliche Wirkung des ersten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG den ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechten zuteil werden lassen will.²⁴⁵⁾

Abgesehen von der Erstreckung der Schrankenwirkung auf die Innominatrechte, die für KLEIN angesichts seiner Gegnerschaft gegen die Grundrechtsqualität des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nicht in Betracht kommen,²⁴⁶⁾ stimmt der Geltungsbereich des "Soweit"-Satzes also in der Schrankenlehre KLEINS und in derjenigen HUBERS überein.

als Grundrecht und damit als Grundlage für die Ableitung von Innominatrechten erachten. Diesen Wirkungsbereich des "Soweit"-Satzes betont ausdrücklich PETERS, Referat, S.50 f. (Wird Art.2 Abs.1 GG im Sinne der von PETERS verfochtenen Persönlichkeitskerntheorie interpretiert, so sind die Fälle, in denen Art.2 Abs.1 GG, die Anerkennung seines Grundrechtscharakters vorausgesetzt, als Grundlage zur Ableitung von Innominatrechten infrage kommen, selten).

243) KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Vorbem. B XV 3 a; ihm folgend WEHRHAHN, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, in AÖR Bd.82 (1957), S.250 ff. (272) (in Verbindung mit S.259 f.); ablehnend WERTENBRUCH, Sozialstaatlichkeit und Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, in Die Arbeiterversorgung 1961, S.33 ff. (39, Fn 72).

244) Siehe oben S. 7 f.

245) KLEIN, a.a.O., Anm. IV vor Ziff.1 (3.Absatz) zu Art.2.

246) Vgl. oben S. 8.

F Die Wechselbeziehungen zwischen Gewährleistungstatbestand und Schrankentatbestand und ihre Berücksichtigung in den unterschiedlichen Auffassungen zu Art.2 Abs.1 GG

In einer Verfassung, die, wie das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, eine Vermutung zu Gunsten der individuellen Freiheit enthält,²⁴⁷⁾ sind es weniger die einzelnen Freiheitsgewährleistungen als vielmehr deren Begrenzungen, die dem Interpreten Schwierigkeiten bereiten²⁴⁸⁾. Das erweist sich z.B. an den vorgetragenen Meinungsverschiedenheiten zum Schrankentatbestand und an deren Verhältnis zu den unterschiedlichen Auslegungen des Gewährleistungstatbestandes von Art.2 Abs.1 GG. Um das Gewicht der vielfältigen Einzelaussagen stärker in Erscheinung treten zu lassen, wird im folgenden untersucht, inwieweit und mit welchen Abstufungen diese den Wechselbeziehungen zwischen beiden Halbsätzen²⁴⁹⁾ Rechnung tragen. Diese Wechselbeziehungen werden in mehreren "Ebenen" sichtbar:

Erstens ist, so wird vielfach gefordert, der Aktualitätsgrad des ersten und derjenige des zweiten Halbsatzes von Art.2

247) herrschende Lehre; z.B. DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 72 zu Art.2 Abs.1; Peter SCHNEIDER, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in VVdSt, Heft 20 (1963), S.31 ff.; UBER, Freiheit des Berufs, S.28; ZUNDEL, In dubio pro libertate, in Festschrift für Alex Möller (1968), S.175 ff.; das Bundesverfassungsgericht im oben, Fn 6, näher bezeichneten "Elfes"-Urteil - BVerfGE 6, S.32 ff. (42).

Die Gültigkeit dieser Vermutung wird in neuerer Zeit in Zweifel gezogen, z.B. von EHMKE, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in VVdSt Heft 20 (1963), S.53 ff. (86 ff.); Konrad HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2.Aufl. (1968), S.29.

248) UBER, a.a.O., S.52; Eike von HIPPEL, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S.62 f., führt diese Schwierigkeiten auf die vielseitig abgestufte Schrankenregelung im GG zurück und meint, der Verfassungsgeber hätte die Grundrechtsbegrenzung nach amerikanischem Vorbild gänzlich dem Richter überlassen sollen.

249) Vgl. auch oben S.23 ff.

Abs.1 GG so zu bemessen, daß die Kongruenz dieses ganzheitlich zu denkenden Artikels nicht beeinträchtigt wird²⁵⁰⁾. Es besteht - zweitens - eine gegenseitige Bedingtheit derjenigen Inhaltsbestimmungen, die dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und derjenigen Inhaltsbestimmungen, die den schrankenbildenden Begriffen des "Soweit"-Satzes gegeben werden.²⁵¹⁾ Jene Wechselbeziehung kommt drittens in dem Versuch zum Ausdruck, die Frage, ob und inwieweit Art.2 Abs.1 GG in andere Grundrechtsartikel hineinwirkt, für beide Halbsätze übereinstimmend zu beantworten.²⁵²⁾

I. Wechselbeziehung und Bestimmung des Aktualitätsgrades

Wer mit der herrschenden Lehre die Auffassung vertritt, das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit sei ein Grundrecht und diene als Auffangrecht für die sogenannten Innominatrechte, läßt den beiden Halbsätzen des Art.2 Abs.1 GG zwangsläufig denselben Aktualitätsgrad zuteil werden: Zum subjektiv-öffentlichen Recht erhoben, kommt dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit konstitutive Wirkung zu; der zweite Halbsatz des Art.2 Abs.1 GG wirkt dann ebenfalls konstitutiv, und zwar insofern, als die dort genannten Schranken - mindestens²⁵³⁾ - zu Schranken der Innominatrechte werden.

Die Frage, ob nur diejenigen Auslegungen Bestand haben können, die hinsichtlich des Aktualitätsgrades die Kongruenz der beiden Halbsätze wahren, erlangt Bedeutung, wenn - wie bei

250) Siehe unten S. 68 f.

251) Siehe oben S.23ff, sowie unten S. 70 ff.

252) Siehe dazu unten S. 75 ff.

253) Einige Befürworter der Grundrechtsqualität des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit erstrecken die Wirkung des "Soweit"-Satzes auch auf die Einzelfreiheitsrechte der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG; vgl. oben S. 63 ff.

KLEIN²⁵⁴⁾ und WEHRHAHN²⁵⁵⁾ - das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit lediglich als objektivrechtlicher Verfassungssatz gedeutet und seine Eigenständigkeit folglich hintangestellt wird, wenn indessen der "Soweit"-Satz als konstitutiv wirkende Schranke aller ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechte erachtet wird, KLEIN²⁵⁶⁾ selbst weist auf die Inkongruenz seiner Auslegung hin, ist aber bereit, sie in Kauf zu nehmen, um bei der Ermittlung der notwendigen Begrenzung aller Freiheitsrechte nicht auf die wenig gefestigte Lehre von den immanenten Schranken der Grundrechte zurückgreifen zu müssen.²⁵⁷⁾ Den Bedenken WERTENBRUCHS, wonach die unterschiedliche Gestaltung des Aktualitätsgrades von Halbsatz 1 und Halbsatz 2 den Zusammenhang des "ganzheitlich gedachten" Art.2 Abs.1 GG empfindlich störe,²⁵⁸⁾ steht die Tatsache entgegen, daß sich ein Zwang zur einheitlichen Bemessung dieses Aktualitätsgrades nicht nachweisen läßt. (Zu Gunsten derjenigen Auslegungen, die dem Halbsatz 1 und dem Halbsatz 2 einen kongruenten Geltungsbereich zuweisen, stellt WEHRHAHN²⁵⁹⁾ lediglich eine Vermutung der Richtigkeit auf; mehr wird man auch bei einer kongruenten Bemessung des Aktualitätsgrades nicht annehmen können.²⁶⁰⁾)

254) KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm.II 5 b zu Art.2.

255) WEHRHAHN, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, in AÖR Bd.82 (1957), S.250 ff. (272).

256) KLEIN, a.a.O., Anm. IV vor 1 zu Art.2.

257) Skeptisch wegen der Immanenzlehre auch WEHRHAHN, a.a.O., S.260.

258) WERTENBRUCH, Sozialstaatlichkeit und Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, in Die Arbeiterversorgung 1961, S.33 ff. (39 mit Fn 72); kritisch hierzu NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.745 (Fn 20).

259) WEHRHAHN, a.a.O., S.264.

260) Eine Widerlegung dieser Vermutung könnte schon mit Hilfe des in jüngster Zeit wieder stark diskutierten Auslegungsgrundsatzes der "Einheit der Verfassung" gelingen. Dieser Grundsatz enthält die Forderung, "nie nur auf die einzelne Norm, sondern immer auf den Gesamtzusammenhang zu sehen, in den sie (die Forderung) zu stellen ist, wenn jene aufgegebene Einheit Wirklichkeit werden soll ... Nur eine solche Problemlösung entspricht diesem Grundsatz, die sich in Einklang mit den Grundentschei-

Die These WERTENBRUCHs, Art.2 Abs.1 GG enthalte ausschließlich eine objektivrechtliche Verfassungsnorm, und die Schrankentrias könne deshalb auch nicht konkret-positivrechtliche Begrenzung der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG sein,²⁶¹⁾ wird, wie jener von WERTENBRUCH gegen KLEINs Ansicht erhobene Einwand zeigt, offensichtlich von dem Bestreben um Sicherung der genannten Kongruenz getragen²⁶²⁾.

Auch die Argumente, mit denen HAAS²⁶³⁾ die Grundrechtsqualität des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verneint, sind dem Bestreben erwachsen, den Geltungsgrad der beiden Halbsätze des Art.2 Abs.1 GG kongruent zu bestimmen: Da die Schrankentrias nach HAAS nur ein allgemeines Prinzip, nämlich die auf allen Grundrechten liegende "Pflicht zur Rücksichtnahme" nachzeichnet, sieht er keine andere Wahl, als auch den ersten Halbsatz ausschließlich in den Rang einer (nicht konstitutiv wirkenden) Generalklausel, einer, wie HAAS sagt, "Gemeinschaftsklausel des Grundgesetzes", zu verweisen.

dungen der Verfassung und frei von einseitigen Beschränkungen auf Teilaspekte hält" (Konrad HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. (1968), S.28, mit Hinweisen auf das Schrifttum).

261) WERTENBRUCH, a.a.O., S.40.

262) In diesem Bestreben um gleiche Bemessung des Geltungsgrades von Halbs.1 und Halbs.2 ist WERTENBRUCH so folgerichtig, daß er auch seine Ansicht, "auf der Basis" des ersten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG könnten weitere Grundrechte entwickelt werden (vgl. hierzu oben S.12 mit Fn 38), auf die Schrankenseite zu projizieren versucht: "Wo ... bei der Anwendung konkreter Grundrechtsnormen im Einzelfall Begrenzungs-Lücken sichtbar werden, darf ... mit gehöriger Vorsicht auf Art.2 Abs.1 GG als auf die dem gesamten Gesetzssystem zugrundeliegende Regulativnorm zurückgegriffen werden." (WERTENBRUCH, ebenda) Diese Äußerung läßt nicht klar erkennen, welcher der vorgefundenen Schrankenlehren sich WERTENBRUCH damit nähert. Eine Ähnlichkeit zu der These (KLEINs und) WEHRHAHNs, der dem "Soweit"-Satz unmittelbare, konstitutive Wirkung für die ausdrücklich angeführten Einzelfreiheitsrechte beimißt, ist jedenfalls nicht ersichtlich (das behauptet aber WERTENBRUCH, Grundrechtsbegriff, S.285 mit Fn 54).

263) HAAS, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in DÖV 1954, S.70 ff. (71).

II. Wechselbeziehung und Inhaltsbestimmung

Jede Aussage zum Inhalt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und der drei Begriffe des "Soweit"-Satzes muß, wie oben²⁶⁴⁾ ausgeführt worden ist, der Notwendigkeit Rechnung tragen, daß Art.2 Abs.1 GG ein einheitliches Ganzes darstellt. Die Prüfung, in welchem Grade die Interpreten des Art.2 Abs.1 GG diese Notwendigkeit berücksichtigt haben, drängt sich insbesondere beim Streitstand zum Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und zur "verfassungsmäßigen Ordnung" auf. Während es sich bei der "verfassungsmäßigen Ordnung" um eine dem Halbsatz 1 gegenübergestellte Regulatornorm von besonderer Unbestimmtheit und Auslegungsbedürftigkeit handelt, während also die Gesamtbedeutung des Art.2 Abs.1 GG mittels extrem enger oder extrem weiter Auslegung dieses Begriffs entscheidend verschoben werden kann, handelt es sich bei den "Rechten anderer" und beim "Sittengesetz" zwar nicht um etwas absolut Feststehendes, aber doch um Wortprägungen von einer gewissen Bestimmtheit. Auf Grund dessen ist der Bogen, der sich von der engsten zur weitesten Auslegung der "Rechte anderer" und des "Sittengesetzes" spannt, kleiner, und die Frage, wie sich eine veränderte Auslegung dieser beiden Begriffe auf die Tragweite des Gewährleistungstatbestandes auswirkt, wird mit Recht selten gestellt. Dementsprechend wird im folgenden die Untersuchung, inwieweit die zum "Soweit"-Satz vorgetragenen Inhaltsbestimmungen der Wechselbeziehung zu den unterschiedlichen Auslegungen der Entfaltungsfreiheit Rechnung tragen, nur am Beispiel der "verfassungsmäßigen Ordnung" durchgeführt.

Für die oben wiedergegebenen Umschreibungen des "Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit" und der "verfassungsmäßigen Ordnung" kann hier - auf Grund des jeweiligen Gesamtzusammenhanges der einzelnen Meinungsäußerungen - zunächst generell festgestellt werden, daß sie allesamt nicht aus

264) S. 23 ff.

einer bloßen Teilbetrachtung, sondern aus jener notwendigen Zusammenschau entstanden sind. So hatte Hermann VON MANGOLDT²⁶⁵⁾ - ebenso wie das Bundesverfassungsgericht²⁶⁶⁾ - ausdrücklich zu erkennen gegeben, daß er mit der Kennzeichnung des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit die - entsprechend weite - Umschreibung der verfassungsmäßigen Ordnung als "allgemeine Rechtsordnung" präjudiziert hat. Daß mithin, wie das Bundesverfassungsgericht²⁶⁷⁾ sagt, "nur" die Möglichkeit zu d i e s e r Umschreibung der "verfassungsmäßigen Ordnung" verblieben war, ist - da für die Schaffung eines ausgewogenen Verhältnisses von Grundrechtsgewährleistung und Bindungsseite nicht genügend objektive Maßstäbe zur Hand sind²⁶⁸⁾ - allemal eine nur subjektive Äußerung. Dies hervorzuheben erscheint angebracht, weil Hans PETERS²⁶⁹⁾ und andere Befürworter einer engen Deutung des Art.2 Abs.1 GG der vom Bundesverfassungsgericht vertretenen Auslegung der beiden Halbsätze immerhin Folgerichtigkeit bestätigen. Das Prädikat "folgerichtig" kann auch aus der Sicht der Persönlichkeitskerntheorie freilich nicht mehr bedeuten als die Feststellung, das Bundesverfassungsgericht habe, ebenso wie die Befürworter dieser Theorie, bei der Auslegung des ersten und des zweiten Halbsatzes einen einheitlichen Maßstab angelegt.²⁷⁰⁾

Um die vom Bundesverfassungsgericht zu Art.2 Abs.1 GG vertretene Auffassung und die Persönlichkeitskerntheorie zueinander ins Verhältnis zu setzen, kann man also sagen, daß die

265) VON MANGOLDT, Kommentar, Anm.2 zu Art.2.

266) So im oben Fn 6 näher bezeichneten "Elfes"-Urteil - BVerfGE 6, S.32 ff. (37 ff.).

267) Bundesverfassungsgericht, ebenda.

268) Zu dieser Problematik z.B. Eike VON HIPPEL, a.a.O., S. 39 ff.; LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.131 f.

269) PETERS, Referat, S.21 ff., 41 f.

270) Umgekehrt kann z.B. die Bemerkung Friedrich KLEINS, a.a.O., Anm.IV 2 a zu Art.2, es sei nicht folgerichtig, wenn MEYER-CORDING den Halbs.1 als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit und die "verfassungsmäßige Ordnung" enger denn als "allgemeine Rechtsordnung" deutet, nicht mehr sein als ein Hinweis darauf, daß

Persönlichkeitskerntheorie sozusagen eine "Parallelverschiebung" derjenigen Linien bedeutet, die das Bundesverfassungsgericht in Übereinstimmung mit VON MANGOLDT zur Umgrenzung des "Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit" und der "verfassungsmäßigen Ordnung" gezogen hat.²⁷¹⁾ Dieser bildhafte Vergleich berechtigt indessen nicht zu der Annahme, die Auslegung des Gewährleistungstatbestandes von Art.2 Abs. 1 GG als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit sowie die ausgleichend-weite Deutung der "verfassungsmäßigen Ordnung" müßten die von den Vertretern der Persönlichkeitskerntheorie vorgebrachte Kritik letztlich doch zum Verstummen bringen. Hans PETERS hat in konkreten Einzelfällen diese ausgleichende Wirkung einer weit ausgelegten "verfassungsmäßigen Ordnung" zwar anerkannt.²⁷²⁾ Zugleich hat er jedoch, abgesehen von dem betont andersartigen Persönlichkeitsbegriff der Persönlichkeitskerntheorie, diese von ihm begründete Theorie durch Berufung auf rechtspraktische Vorteile gegenüber der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zu rechtfertigen versucht: Die Methode, die Entfaltungsfreiheit inhaltlich so auszuweiten, daß es - in Form der Gleichsetzung von "verfassungsmäßiger Ordnung" mit "allgemeiner Rechtsordnung" - des Ausgleichs bedarf, berge die Gefahr in sich, daß die Gerichte, die diese Auffassung ihrer Rechtsprechung zu Grunde zu legen gedenken, diesen Ausgleich dann doch nicht folgerichtig herbeiführen. In der Tat muß man mit PETERS²⁷³⁾, gleichviel ob man seine Deutung des Art.2 Abs.1 GG billigt, eine gewisse Willkür darin sehen, daß z.B. der Bayerische Verwaltungsgerichtshof²⁷⁴⁾ der Auslegung

hier, bei der Auslegung der beiden Halbsätze, verschiedene Maßstäbe angelegt worden sind.

271) Wird Art.2 Abs.1 GG einmal im Sinne des Bundesverfassungsgerichts und zum anderen nach der Persönlichkeitskerntheorie ausgelegt, so bleibt mit anderen Worten das Verhältnis von Gewährleistungstatbestand und Schrankenstatbestand konstant.

272) PETERS, Referat, S.22 f. in Verbindung mit S.41 f.

273) PETERS, Referat, S.42.

274) Beschluß vom 4.6.1959 Nr.147 IV 57, in VerwRspr. Bd.12 (1960), S.95 ff.

des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG die These von der allgemeinen Handlungsfreiheit zugrundelegt, bei der Auslegung der "verfassungsmäßigen Ordnung" jedoch dem Bundesverfassungsgericht die Gefolgschaft verweigert und - insoweit ohne nähere Begründung - einer engeren Deutung Raum gibt.

Unter besonders nachdrücklicher Betonung der gegenseitigen Bedingtheit hat Peter LERCHE²⁷⁵⁾ den Inhalt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und der "verfassungsmäßigen Ordnung" zu umschreiben versucht. Wenn, wie LERCHE meint, der Art.2 Abs.1 GG zwar mehr als nur den Kern des Personseins zu schützen bestimmt ist, aber durch solche Gesetze begrenzt und bezeichnet wird, die in Vollzug bestimmter Verfassungsdirektiven ergehen, so kommt dem Art.2 Abs.1 GG eine Bedeutung zu, die etwa als Mitte zwischen der Persönlichkeitskerntheorie einerseits und der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts andererseits bezeichnet werden kann.

Während LERCHE - ebenso wie die Vertreter der Persönlichkeitskerntheorie - durch Anwendung eines einheitlichen Maßstabes bei der Auslegung der beiden Halbsätze nur die Linien "parallel verschiebt", mit denen VON MANGOLDT und das Bundesverfassungsgericht den Art.2 Abs.1 GG umschrieben haben, während insoweit also das Verhältnis von Gewährleistungstatbestand zu Schrankentatbestand konstant bleibt, bringen jene "Klauseln vordringlicher Allgemeininteressen"²⁷⁶⁾ eine Änderung dieses Verhältnisses mit sich. Denn ein Grund für die Prägung der Existenz- und der Zumutbarkeitsklausel sowie der strengen Gemeinwohlklausel war gerade die Ansicht, die Kennzeichnung des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit erfordere zwar eine ebenfalls weite, aber keineswegs eine dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt gleichkommende Umschreibung der "verfassungsmäßigen Ordnung".²⁷⁷⁾ Demgemäß ist der Inhalt, den jede dieser Klauseln

275) Siehe oben S. 18 f. und 45 ff.

276) Siehe oben S. 39 ff.

277) Vgl. oben S. 39 ff.

Ungeachtet der von den Befürwortern der "Klauseln vor-

dem Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" zuschreibt, allemal ein geringerer als derjenige, der sich aus der Gleichsetzung von "verfassungsmäßiger Ordnung" und allgemeiner Rechtsordnung ergibt.²⁷⁸⁾ Der im Sinne der "Klauseln" ausgelegte Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" besagt nämlich, daß nicht schon die Berufung auf jene "allgemeine Rechtsordnung, die die materiellen und formellen Normen der Verfassung zu beachten hat"²⁷⁹⁾, einen Eingriff in die Entfaltungsfreiheit zu rechtfertigen vermag, daß vielmehr der Schutz der in den Klauseln bezeichneten höherwertigen Allgemeininteressen als zusätzlicher Rechtfertigungsgrund hinzukommen muß. Die Klauselprägungen sind als Versuch, das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit vor einer Aushöhlung zu bewahren, gewürdigt worden.²⁸⁰⁾ Aber wie schwierig es für den Gegner einer

dringlicher Allgemeininteressen" vorgetragenen Kritik hat das Bundesverfassungsgericht an seiner Auffassung festgehalten, wonach die Kennzeichnung des Gewährleistungstatbestandes von Art.2 Abs.1 GG als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit keine Möglichkeit lasse, die "verfassungsmäßige Ordnung" anders denn im Sinne von "allgemeiner Rechtsordnung" zu lesen. Immerhin hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere durch die Betonung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dieser "allgemeinen Rechtsordnung" in jüngster Zeit schärfere Konturen gegeben; vgl. oben S. 34 mit Fn 121. Die These, daß derjenige, der unter Entfaltungsfreiheit "allgemeine Handlungsfreiheit" versteht, gar nicht umhin könne, die "verfassungsmäßige Ordnung" als "allgemeine Rechtsordnung" zu lesen, wird auch von solchen Autoren vertreten, die selbst zu einer engeren Deutung des Art.2 Abs.1 GG neigen (z.B. KLEIN, a.a.O., Anm. IV 2a zu Art.2; PETERS, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Laun-Festschrift, S.669 ff. (676)).

278) Vgl. E.R.HUBER, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, in DÖV 1956, S.135 ff.; NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S. 808 ff.

279) Vgl. das oben in Fn 6 näher bezeichnete "Elfes"-Urteil - BVerfGE 6, S.32 ff. (38, 41).

280) Z.B. von KIMMINICH, Zur Theorie der immanenten Schranken des Asylrechts, in JZ 1965, S.739 ff. (742).

Gleichsetzung von "verfassungsmäßiger Ordnung" mit allgemeiner Rechtsordnung ist, der allgemeinen Handlungsfreiheit, also dem weit ausgelegten Halbsatz 1 des Art.2 Abs.1 GG, vermittels der "verfassungsmäßigen Ordnung" präzise Bindungen aufzuerlegen, bleibt auch bei diesen Versuchen noch sichtbar.²⁸¹⁾

III. Wechselbeziehung und Bemessung des Geltungsbereichs

Richtmaß für jede Auslegung des Inhalts der in Art.2 Abs.1 GG enthaltenen Begriffe ist das oben²⁸²⁾ erwähnte Gebot, diesen Freiheitssatz als einheitliches Ganzes zu sehen, also der vorgegebenen Wechselbeziehung zwischen Gewährleistungstatbestand und Schrankentatbestand Rechnung zu tragen. Zieht man für den Versuch, das Verhältnis des Art.2 Abs.1 GG zu den ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechten zu bestimmen, eine entsprechende Leitlinie, so ergibt sich die Forderung, den Geltungsbereich des ersten und den Geltungsbereich des zweiten Halbsatzes jeweils auf dieselben Grundrechtsartikel zu erstrecken. Tatsächlich sind die den Geltungsbereich betreffenden Hauptmeinungen²⁸³⁾ ersichtlich²⁸⁴⁾ aus dem Be-

281) Hier wird ein - zumindest methodischer - Vorteil der Persönlichkeitskerntheorie sichtbar: Die verhältnismäßig genaue Umschreibung, die der Schrankenbegriff "verfassungsmäßige Ordnung" im Rahmen dieser Theorie erhält (vgl. oben S.36 f.), wird möglich durch die gleichermaßen enge Deutung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit; vgl. hierzu auch die Kritik von Hans PETERS, Referat, S.9, Fn 12, an der seines Erachtens nicht eindeutigen "strengen Gemeinwohlklausel".

282) S. 23 ff.

283) Siehe oben Teil D (S.56 ff.) und Teil E (S.61 ff.).

284) Vgl. z.B. das oben in Fn 216, erster Absatz, näher bezeichnete Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.12.1953 (zur Auffassung, zwischen Art.2 Abs.1 und den Artikeln 2 Abs.2 und 4 ff. GG bestehe kein Zusammenhang); NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.762 ff. (zur Auffassung, Art.2 Abs.1 GG sei lex generalis der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG (leges speciales)); E.R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.I, S.661 ff. (zur Auffassung, die mit Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG gegebene

streben erwachsen, diese Übereinstimmung zu wahren.

So betrachtet das Bundesverwaltungsgericht²⁸⁵⁾ seine Auffassung, der "Soweit"-Satz könne nicht für die Begrenzung der Art.2 Abs.2 und 4 ff. GG nutzbar gemacht werden, als bloße Weiterführung des Trennungsstriches, den es zwischen den Gewährleistungstatbestand des Art.2 Abs.1 GG einerseits und die Gewährleistungstatbestände der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG andererseits gezogen hatte. Auch die herrschende Auffassung, derzufolge die ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechte als *leges speciales* Vorrang vor Art.2 Abs.1 GG (*lex generalis*) haben und deren Anwendung ausschließen, findet, wie gezeigt²⁸⁶⁾, bei der Festlegung des Geltungsbereichs der Schrankentrias ihre Entsprechung; und E.R. HUBER leitet seine Forderung, Art.2 Abs.1 Halbs.2 GG müsse auch für die ohne Sonderschranken und für die mit Sonderschranken garantierten Freiheiten gelten, unmittelbar aus seiner vorangegangenen These von der Garantienkonkurrenz durch Garantienüberlagerung ab.²⁸⁷⁾ Friedrich KLEIN, der bei der Umschreibung des Geltungsbereichs der Schrankentrias mit HUBER übereinstimmt²⁸⁸⁾, betrachtet dies als notwendige Folge seiner Auffassung, wonach auch der erste Halbsatz des Art.2 Abs.1 GG als Freiheitsrechtsleitsatz und damit als Auslegungsregel in die ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechte hineinwirkt²⁸⁹⁾.

Daß der Versuch, das Verhältnis von Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG zu den Artikeln 2 Abs.2 und 4 ff. GG sowie den Geltungsbereich des "Soweit"-Satzes zu bestimmen, die Wahrung jener Übereinstimmung tatsächlich zum Ziele haben muß, ist nicht zwingend nachweisbar. Immerhin ließe sich einwenden, die

ne Garantie überlagere diejenigen der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG, und demgemäß gelte auch die Schrankentrias für diese Einzelfreiheitsrechte).

285) Vgl. die oben Fn 233 genannten Urteile.

286) Oben S. 62 f.

287) Vgl. oben S. 64 f.

288) Vgl. oben S. 65.

289) KLEIN, a.a.O., Anm. IV 2 a zu Art.2.

strenge Ausrichtung an gesetzgebungstechnischen Konstruktionsprinzipien - wie z.B. der Relation "lex specialis - lex generalis" - sei allein noch kein Indiz für eine objektiv richtige Erfassung der zwischen grundgesetzlichen Freiheitsverbürgungen und Schranken bestehenden Funktionszusammenhänge.²⁹⁰⁾ Unausgesprochen liegt dieser Einwand den Auffassungen HAMANNs²⁹¹⁾ und SCHOLTISSEKs²⁹²⁾ zugrunde: Wie erwähnt, billigt HAMANN die gedankliche Trennungslinie, die das Bundesverwaltungsgericht zwischen dem Art.2 Abs.1 einerseits und den Artikeln 2 Abs.2 und 4 ff. GG andererseits gezogen hat, nur insoweit, als es um das gegenseitige Verhältnis der Gewährleistungstatbestände dieser Freiheitsverbürgungen geht; er widerspricht aber der Schlußfolgerung dieses Gerichts, wonach der "Soweit"-Satz die ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechte nicht zu begrenzen vermöge. SCHOLTISSEK hingegen sieht zwar, wie die Mehrheit der Autoren und wie das Bundesverfassungsgericht, in Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG die lex generalis der ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechte (leges speciales), versagt der herrschenden Lehre im übrigen aber die Gefolgschaft, indem er diese Einzelfreiheitsrechte der Generalschranke des "Soweit"-Satzes unterwirft.

Mit Recht hat sich die Kritik an diesen beiden Auslegungsversuchen nie des Argumentes bedient, eine solche Festlegung des Geltungsbereichs des ersten und des zweiten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG sei schon deshalb unrichtig, weil sie, gemessen an abstrakten, gesetzgebungstechnischen Konstruktionsprinzipien, nicht folgerichtig seien. Eine Beantwortung der Frage, ob die Art, in der das Verhältnis der Gewährleistung des Art.2 Abs.1 GG zu den Gewährleistungen der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG bestimmt wird, auch Festpunkte für die

290) Demgemäß stellt WEHRHAHN, a.a.O., S.264, zugunsten derjenigen Auslegungen, die die Geltungsbereiche des ersten und des zweiten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG einheitlich bemessen, nur eine Vermutung der Richtigkeit auf; vgl. auch oben S. 68.

291) siehe oben S.62 mit Fn 233.

292) siehe oben S.63 mit Fn 237.

entsprechende Verhältnisbestimmung auf der Schrankenseite setzen kann, verlangt - ähnlich wie die Bestimmung des I n h a l t s des Gewährleistungs- und des Schrankentatbestandes von Art.2 Abs.1 GG - nicht bloßes Messen an festformulierten Leitsätzen, sondern wertende Verfassungsauslegung. Die Tatsache aber, daß sich in der Diskussion über das objektive, vom Grundgesetz errichtete Wertsystem noch keine allseits anerkannten Anhaltspunkte für diese Art von Verfassungsauslegung abzeichnen, ja, daß das Bestehen eines derartigen Systems bisweilen sogar verneint wird,²⁹³⁾ findet ihren Niederschlag auch in der Unterschiedlichkeit der Meinungen über das Verhältnis von Gewährleistungstatbestand und Schrankentatbestand des Art.2 Abs.1 GG.

293) Zum Ganzen s. MAUNZ, Staatsrecht, 16.Auf1. (1968), S.52 f., sowie unten S.81f.mit Fn 309 und 313.

ZWEITER ABSCHNITT: DIE HERLEITUNG EINES GRUNDRECHTS AUS
ART.2 ABS.1 GG

A Auswirkungen der unterschiedlichen Auffassungen zum
Grundrechtscharakter des Rechts auf freie Entfaltung
der Persönlichkeit

I. Grundrechtscharakter und Innominatrechte

1. Die Ergänzungsbedürftigkeit des Grundrechtskatalogs

Zu keiner Zeit wird es einem Verfassungsgeber möglich sein, sämtliche Einzelausprägungen der Freiheit, die irgendwann einmal Aktualität erlangen können, vorausszusehen und daher von vornherein im Katalog der Grundrechte ausdrücklich aufzuführen. Ein Grundrechtskatalog kann also nie als etwas Abgeschlossenes gedacht werden. Diese Feststellung ist auf folgende Grundtatsachen zurückzuführen:

Alle der rechtlichen Regelung zugänglichen Lebensbereiche befinden sich ständig in der Entwicklung. Demgemäß kann der Wortlaut eines Grundrechtskatalogs nicht als Ausdruck einer unveränderlichen "Ewigkeitsentscheidung"²⁹⁴⁾ verstanden werden. Die Verfassung ist vielmehr ein "Zeitdokument"²⁹⁵⁾, also ein Gesetz, dessen Interpreten stets darauf bedacht sein müssen, seine geschichtliche Bedingtheit zu sehen und durch entwicklungsgeschichtliche Verfassungsinterpretation²⁹⁶⁾ die Verbindung zwischen Vergangenheit und Gegenwart herzustellen. Daß mithin die Wertvorstellungen, die zur Entstehungszeit eines Verfassungstextes herrschen, für das künftige Rechtsleben nicht absolut verbindlich zu sein brauchen, daß vielmehr der Verfassung eine gewisse Veränderlichkeit anhaftet, kann heute als gesicherte Erkenntnis bezeichnet

294) LEISNER, Betrachtungen zur Verfassungsauslegung, in DÖV 1961, S.641 ff. (653); vgl. auch DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 3 zu Art.2 Abs.1.

295) Josef ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, S.258.

296) Vgl. hierzu LEISNER, Verfassungsauslegung, S.649 f.

werden.²⁹⁷⁾

Die Grundrechtskataloge moderner Verfassungen können auch deshalb nicht als abschließende Regelungen angesehen werden, weil sie sehr abstrakt formuliert sind²⁹⁸⁾, und weil somit die exakte Abgrenzung des vom Verfassungsgeber Gewährten heute "bis zur Unzulänglichkeit erschwert"²⁹⁹⁾ wird. Die Frage, was denn der Inhalt einer derartigen (vermeintlich) abschließenden Regelung sei, ließe sich daher schwerlich lückenlos beantworten. Gerade die Umschreibung der Entfaltungsfreiheit in Art.2 Abs.1 GG ist ein markantes Beispiel für diese die Auslegung erschwerende Abstraktheit des Verfassungstextes.³⁰⁰⁾

Aus dieser "Offenheit"³⁰¹⁾ des Grundgesetzes erwächst der Rechtswissenschaft, insbesondere der Verfassungsgerichtsbarkeit, die Aufgabe, die bestehende Grundrechtsordnung nicht nur auszulegen, sondern diese fortzubilden und erforderlichenfalls neue Formen der Freiheitssicherung zu entwickeln³⁰²⁾.

297) Vgl. z.B. FORSTHOFF, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, S.30, 37; derselbe, Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, in Epirrhosis, Festgabe für Carl Schmitt, S.185 ff. (192, 195); KÄGI, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S.81 f.; LEIBHOLZ, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in VVdSt, Heft 20 (1963), S.118 ff. (Diskussionsbeitrag); LEISNER, a.a.O., S.641 ff.; OSSENBUHL, Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, in DÖV 1965, S.649 ff.; VON PESTALOZZA, Kritische Bemerkungen zur Grundrechtsauslegung, in Der Staat 1963, S.425 ff. (427 f.); SMEND, Verfassung, S.135 ff.

Die Einmütigkeit der Erkenntnis, daß sich das Verfassungsrecht ständig in der Entwicklung befindet, wird bisweilen von der Streitfrage überlagert, inwieweit der geschriebene Verfassungstext dieser Entwicklung Grenzen setzen soll; vgl. hierzu auch unten Fn 302.

298) Konrad HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (2.Aufl.), S.21; LEISNER, a.a.O., S.649 ff.; STEIN, Lehrbuch des Staatsrechts, S.220.

299) LEISNER, a.a.O., S.641.

300) LEISNER, a.a.O., S.649 f.

301) Konrad HESSE, a.a.O., S.21.

302) Der Zwang zur Fortbildung des Verfassungsrechts wird gegenwärtig wieder stark betont; siehe z.B. EHMKE, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in VVdSt, Heft 20 (1963), S.53 ff. (81 ff.); HAEBERLE, Die Wesensgehalts-

Eine sichere theoretische Grundlage dafür bietet die vom Bundesverfassungsgericht³⁰³⁾ und von DÜRIG³⁰⁴⁾ ausgebaut³⁰⁵⁾ "Wertsystem"-Lehre, derzufolge sich die Grundrechts-sätze des Grundgesetzes als Ausprägungen der in Art.1 Abs.1 GG garantierten und durch Art.19 Abs.2 GG abgesicherten Menschenwürde darstellen und so auszulegen sind, daß demjenigen, der durch die staatliche Gewalt³⁰⁶⁾ in seiner Menschen-

garantié des Art.19 Abs.2 GG; Konrad HESSE, a.a.O., S. 28 ff.; LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.243 (hier aus Art.1 GG fließende Verfassungsauftrag); LEIBHOLZ, in VVdSt, Heft 20 (1963), S.118 ff. (Diskussionsbeitrag); Jörg Paul MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, S.78; OSSENBÜHL, a.a.O., S.649 f.; Peter SCHNEIDER, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in VVdSt Heft 20 (1963), S.1 ff. (27 ff.).

Noch ungeklärt ist die Frage nach den Grenzen der Rechtsfortbildung im Verfassungsrecht. Der u.a. von SMEND vertretenen Ansicht, eine "elastische, ergänzende, von allen sonstigen Rechtsauslegungen weit abweichende Verfassungsauslegung" sei heute geradezu unumgänglich, (SMEND, Verfassung, insbesondere S.190) steht die Warnung vor der Auflösung und Abwertung der normativen Verfassung gegenüber. Wesentliche Gemeinsamkeiten mit der Auffassung SMENDS finden sich z.B. bei ERICH KAUFMANN (Zur Problematik des Volkswillens, S.10 ff.), CARL SCHMITT (Verfassungslehre, S.7 ff.) und wohl auch bei MAUNZ, Deutsches Staatsrecht (16.Aufl.), S.57 f. Jene warnende Gegenmeinung wird in neuerer Zeit insbesondere von FORSTHOFF in seinen oben Fn 297 genannten Abhandlungen vertreten. Zum Ganzen siehe KAGI, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, und OSSENBÜHL, Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, in DÖV 1965, S.649 ff.

303) Vgl. z.B. Urteil vom 15.1.1958 - 1 BvR 400/51 - BVerfGE 7, S.198 ff. (205) = NJW 1958, S.257 = JZ 1958, S.119 ("Lüth"-Urteil); neuestens Beschluß vom 2.5.1967 - 1 BvR 578/63 - BVerfGE 21, S.362 ff. (369).

304) DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 5 ff. (insbesondere Rn 5-13, 55, 87, 88, 91) zu Art.1 und Rn 1-4 zu Art. 2 Abs.1.

305) Grundzüge der Wertsystemlehre schon bei Friedrich KLEIN, Tragweite der Generalklausel in Art.19 Abs.4 des Bonner Grundgesetzes, in VVdSt Heft 8 (1950), S.67 ff. (86 f., 123); vgl. auch derselbe, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Vorbem.B III 4 sowie Anm. III 2 zu Art.2, mit Hinweisen auf das Schrifttum, insbesondere auf die inhaltsgleichen Äußerungen von Hans PETERS, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in

würde beeinträchtigt wird, ein lückenloses System von Abwehrmöglichkeiten zur Verfügung steht.³⁰⁷⁾ Damit wird der These widersprochen, der Grundrechtsteil des Grundgesetzes enthalte lediglich "punktuelle Gewährleistungen"³⁰⁸⁾, der Verfassungsgeber habe also nicht für alle denkbaren Beeinträchtigungen der Menschenwürde Abwehrmöglichkeiten schaffen wollen.

Wortführer der Gegner jener "Wertsystem"-Lehre ist Ernst FORSTHOFF³⁰⁹⁾. Er wirft dieser Lehre vor, sie leiste einem Substanzverlust der Verfassung Vorschub. In der Tat hat die Erhebung der - rechtlich schwer erfaßbaren - Menschenwürdegarantie zu einer "Grundforderung der Verfassung"³¹⁰⁾ und zur Grundlage des Wertsystems die Möglichkeit eröffnet, außerjuristischen, nicht zur "Substanz" der Verfassung gehörenden Wertvorstellungen bei der Grundrechtsinterpretation Geltung zu verschaffen. Das sollte jedoch nicht als ein Nachteil empfunden werden, sondern als Erleichterung und ausdrückliche Legitimation für die als unumgänglich erkannte Anpassung und Fortentwicklung des Verfassungsrechts; im Verfassungsrecht ist, wie Hans HUBER³¹¹⁾ betont hat, die Bindung an das Wort ohnehin und zwangsläufig schwächer als in anderen Rechtsgebieten. - Hilfsweise ist den von FORSTHOFF

Laun-Festschrift, S.669 ff. (672).

- 306) Zu den Bemühungen, der Menschenwürdegarantie auf dem Wege über das sogen. Allgemeine Persönlichkeitsrecht auch im Privatrecht Geltung zu verschaffen, s.NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.830 ff.; s.auch unten, S. 117 ff.
- 307) In diesem Sinne die Mehrheit der Autoren sowie das Bundesverfassungsgericht; vgl. aus neuerer Zeit: DÜRIG, ebenda; Ernst HESSE, Gesetzgeber, S.49 f.; HAEBERLE, a.a.O., S.31; MAUNZ, a.a.O., S.52; NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.764; PETERS, Referat, S.7 ff.; Bruno SCHMIDT-BLEIBTREU, Franz KLEIN, Kommentar zum Grundgesetz, S.34 ff.; Peter SCHNEIDER, a.a.O., S.51 (Leitsätze); WERTENBRUCH, Grundgesetz und Menschenwürde, S.86 u. 186; ZIPPELIUS, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, S.152 f., 174; ferner die oben Fn 303 genannten Urteile des Bundesverfassungsgerichts.
- 308) So Konrad HESSE, a.a.O., S.118.
- 309) FORSTHOFF, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in Festschrift für Carl Schmitt, S.40 f.
- 310) MÜNCH, Menschenwürde, S.5.

vorgetragenen Bedenken mit der Frage zu begegnen, ob die Anerkennung eines grundrechtlichen Wertsystems nicht schon durch den Art.1 Abs.1 Satz 1 GG **erzwungen** wird, demzufolge die Achtung und der Schutz der Menschenwürde Verpflichtung aller staatlichen Gewalt ist.³¹²⁾

Auch die anderen Gegner der "Wertsystem"-Lehre³¹³⁾ sehen zwar den Grundrechtskatalog als eine nach Fortentwicklung drängende Kodifikation und sind demgemäß bereit, z.B. aus dem Art.2 Abs.1 GG, der ihres Erachtens ein Grundrecht enthält, neue Freiheitsrechte abzuleiten. Sie empfinden jedoch - und hierin liegt der wesentliche Unterschied zur Lehre vom Wertsystem - diese Rechtsfortbildung nicht als eine durch die Menschenwürdegargarantie vorgegebene Aufgabe; die Grundsatzwirkung des Art. 1 Abs.1 GG wird insofern also verhältnismäßig niedrig veranschlagt.

Wird - wie in der vorliegenden Abhandlung - die "Wertsystem"-Lehre trotz der vorgebrachten Gegenargumente befürwortet, so ist folglich mit Zaccariä GIACOMETTI³¹⁴⁾ von der Erkenntnis auszugehen, daß die Würde des Menschen unteilbar ist, daß also ein Versuch, angesichts lückenhafter Verdeutlichung der Menschenwürde im Grundrechtskatalog eine nur partielle Menschenwürde als verfassungsmäßiges Schutzobjekt anzuerkennen, selbst als Angriff auf die "Würde des Menschen" zu deuten ist.

311) Hans HUBER, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in VVdSt Heft 20 (1963), S.116 (Diskussionsbeitrag).

312) Gegen Forsthoff auch MAUNZ, Staatsrecht, 16.Auflage (1968), S.52; Hans PETERS, Referat, S.7 ff.

313) z.B. EHMKE, a.a.O., S.85 ff.; Konrad HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S.4, 118 ff., 140; HOFFMANN, Beamtentum und Streik, in AÖR Bd.91 (1966), S.141 ff. (170); LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.130; SCHEUNER, Pressefreiheit, in VVdSt Heft 22 (1965), S.37 ff.; SCHMIDT, Die Freiheit vor dem Gesetz, in AÖR Bd.91 (1966), S.42 ff. (47).

314) GIACOMETTI, Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, in Aktuelle Verfassungsprobleme, Sonderheft der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd.74, S.149 ff. (insbesondere S.165 f.); vgl. auch DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 86 f. zu Art.1.

Somit stellt sich die Aufgabe, für alle diejenigen Fälle eine methodisch sichere Vorkehrung zu treffen, in denen die Beeinträchtigung der Menschenwürde nicht bereits durch Berufung auf eine der - thematisch begrenzten - Gewährleistungen der Artikel 2 Abs.2 und 3 Abs.2 ff. GG abgewehrt werden kann. Dabei richtet sich der Blick, soweit es um die Antastung der Menschenwürde in Gestalt einer F r e i h e i t s beeinträchtigung geht³¹⁵⁾, auf Art.2 Abs.1 GG, also auf die "Generalklausel der Freiheitssicherung"³¹⁶⁾, die einerseits aus der Menschenwürde entspringt und andererseits als übergeordneter Gedanke an der Spitze der ausdrücklich gewährleisteten Einzelfreiheitsrechte steht³¹⁷⁾. Gleichviel, ob man dem Art.2 Abs.1 GG nur eine objektive Verfassungsnorm oder auch ein Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts zu entnehmen bereit ist, enthält dieser Verfassungssatz eine dreifache Aussage: Die freie Entfaltung der Persönlichkeit bringt die Würde des handelnden Menschen in seiner Dynamik zum Ausdruck³¹⁸⁾. Ferner ist die generalklauselartige Fassung des Art.2 Abs.1 GG als ausdrücklicher Hinweis auf jene oben³¹⁹⁾ erläuterte Tatsache zu werten, daß ein Grundrechtskatalog, insbesondere ein Freiheitsrechtskatalog, zu keiner Zeit als etwas Abgeschlossenes gedacht werden kann³²⁰⁾. Die mithin

315) Handelt es sich um eine Antastung des Gleichheitsgrundsatzes, also der zweiten Hauptausprägung der Menschenwürdegarantie, so kommen der allgemeine Gleichheitssatz des Art.3 Abs.1 GG oder besondere Gleichheitssätze (z. B. Art.3 Abs.2, Art.3 Abs.3 GG) in Betracht.

316) E.R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.I, S.660.

317) KLEIN, a.a.O., Anm.II 2 zu Art.2 (unter Bezugnahme auf Hans PETERS); siehe auch die gute Formulierung im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 17.8.1956 - 1 BvB 2/51 - BVerfGE 5, S.85 ff. (204): "Um seiner (sc. des Menschen) Würde willen, muß ihm eine möglichst weitgehende Entfaltung seiner Persönlichkeit gesichert werden."

318) Gegensatz: der Mensch in seiner Wesenheit, in seinem statischen Sein; vgl. NIPPERDEY, Menschenwürde, S.15.

319) S. 79 f.

320) Art.2 Abs.1 GG kann geradezu als eine nachträgliche Bestätigung der Bemühungen Georg JELLINEKS (Allgemeine Staatslehre, 3.Aufl., S.419 f.) bezeichnet werden, der schon am Anfang dieses Jahrhunderts trotz Fehlens einer positivrechtlichen Grundlage den status negativus nicht

notwendige Rechtsfortbildung auf dem Gebiet der Freiheitsrechte erhält sozusagen ihre positiv-rechtliche Legitimation durch die dritte in Art.2 Abs.1 GG enthaltene Aussage, nämlich durch die allgemeine Freiheitsvermutung.³²¹⁾

Damit ist jedoch nichts über die Art und Weise gesagt, in der diese Rechtsfortbildung herbeizuführen ist. Zwar wird das auf Art.1 Abs.1 GG aufgebaute Wertsystem von der Verbindlichkeitserklärung des Art.1 Abs.3 GG erfaßt; aber wie die Wertsystemlehre, so läßt auch Art.1 Abs.3 GG die Frage offen, ob der zwangsläufigen Lückenhaftigkeit des Grundrechtskatalogs z.B. durch Erhebung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zum Grundrecht und damit zum Auffangrecht³²²⁾ begegnet werden muß.³²³⁾ Zu beantworten ist diese Frage erst dann, wenn die Auswirkungen der These, Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG gewähre kein Grundrecht, zutage liegen, und wenn der Möglich-

als die Addition einer Anzahl von positivierten Einzelrechten sah, sondern für seine Anerkennung als einheitliches Ganzes eintrat. Hierauf macht mit Recht DÜRIG, a.a.O., Rn 88 zu Art.1, aufmerksam. Im Sinne JELLINEKS auch COING, in JZ 1954, S.700 (Urteilsanmerkung).

- 321) Vgl. z.B. DÜRIG, a.a.O., Rn 72 zu Art.2 Abs.1; WEHRHAHN, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, inAÖR Bd.82 (1957), S.250 ff. (272, Fn 33); WINTRICH, Zur Problematik der Grundrechte, S.31; das Bundesverfassungsgericht im oben Fn 6 näher bezeichneten "Elfen"-Urteil (BVerfGE 6, S.32 ff. (42)). Zu der Frage, ob die Maxime, "in dubio pro libertate" (UBER, Freiheit des Berufs, S.28) als Grundsatz der Verfassungsinterpretation anzuerkennen sei, vgl. EHMKE, a.a.O., S.86 ff., und Peter SCHNEIDER, a.a.O., S.31 ff. Die Beantwortung dieser Frage hat jedoch keinen Einfluß auf die im Text getroffene Feststellung von der Ergänzungsbedürftigkeit des Freiheitsrechtskatalogs. Die Ergänzungsbedürftigkeit ergibt sich bereits aus der Billigung der Wertsystemlehre, die ihre Grundlage in Art.1 Abs.1 GG hat; vgl. die sachgemäße Trennung von "Wertsystem" und "in dubio pro libertate" - Prinzip bei EHMKE, a.a.O., S.82 ff.

- 322) So die herrschende Lehre, s.oben S. 2 ff.

- 323) Vgl. z.B. DÜRIG, a.a.O., Rn 91, 95, 96 zu Art.1; KLEIN, a.a.O., Anm. V 3 a zu Art.1.

Die Tatsache, daß KLEIN, a.a.O., Anm. III 5 b zu Art. 2, der Entfaltungsfreiheit die Grundrechtsqualität abspricht, berührt also in keiner Weise sein Bekenntnis zum "Wertsystem" (vgl. oben Fn 305).

keit, mit Hilfe dieses Verfassungssatzes eine Schließung der Freiheitsschutzlücken zu erreichen, keine tragfähigen Alternativen³²⁴⁾ gegenübergestellt werden können. Sollte es sich als notwendig erweisen, "lückenfüllende", im Katalog nicht positivisierte Einzelfreiheitsrechte aus dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zu entwickeln, so ist, wie nachstehend unter 2. ausgeführt wird, dessen Erhebung zum Grundrecht unumgänglich.

2. Der Grundrechtscharakter des Art.2 Abs.1 GG als Voraussetzung für das Entstehen von Innominatrechten

a) Da einem abgeleiteten Rechtssatz kein "Mehr" an rechtlicher Aktualität zu eigen sein kann als seiner Ursprungsnorm³²⁵⁾, schließt die ausschließliche Zuordnung des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG zum objektiven Recht zwangsläufig die Möglichkeit aus, auf der Basis eben dieser Norm den Grundrechtskatalog um jene subjektiven Innominatrechte zu ergänzen³²⁶⁾.

b) Angesichts der Tatsache, daß die Verneinung der Eigenschaft des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG als Auffangnorm eine zwingende Folge der Verneinung der Grundrechtseigenschaft dieses Artikels ist, liegt es nahe, die lückenfüllende Kraft des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG als ebenso zwingende Auswirkung von dessen Charakterisierung als Grundrecht zu sehen. Zwangsläufig ist diese Auswirkung indessen nur bei rechtspraktischer Betrachtungsweise. Rechtstheoretische Betrachtung hingegen gebietet zunächst

324) In Betracht zu ziehen sind: weite Auslegung der positivierten Einzelfreiheitsrechte (vgl. hierzu unten S.125 ff.); Kennzeichnung des Art.1 Abs.1 GG als Grundrecht (vgl. hierzu unten S.132 f.).

325) Diese Zwangsläufigkeit übersieht WERTENBRUCH, Der Grundrechtsbegriff und Art.2 Abs.1 GG, in DVBl 1958, S.481 ff.; während er einerseits dem Art.2 Abs.1 GG die Grundrechtsqualität abspricht, erscheint es ihm andererseits unbedenklich, auf der Basis des Art.2 Abs.1 GG weitere Freiheitsgrundrechte zu entwickeln. Siehe hierzu oben S.10 ff.

326) In diesem Sinne NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.760.

die Feststellung, daß mit der bloßen Erhebung des Art.2 Abs.1 GG in den Rang eines subjektiv-öffentlichen Rechts noch nichts über den Charakter des Art.2 Abs.1 GG als Auffangrecht ausgesagt wird. Zum Auffangrecht wird der als Grundrecht qualifizierte Art.2 Abs.1 GG erst durch einen weiteren gedanklichen Schritt, nämlich dadurch, daß aus diesem tatbestandsmäßig nicht abschließend umrissenen Grundrechtssatz der konkrete, auf den jeweiligen Einzelfall zugeschnittene Rechtssatz abgeleitet wird³²⁷⁾.

Dennoch kann der von der herrschenden Lehre bejahte Auffangcharakter des Art.2 Abs.1 GG als eine unmittelbare Auswirkung der Erhebung dieser Norm in den Rang eines Grundrechts bezeichnet werden.³²⁸⁾ Rechtspraktische Betrachtung führt nämlich zu der Einsicht, daß der Streit um die Grundrechtsqualität des Art.2 Abs.1 GG nicht als Selbstzweck geführt wird, daß vielmehr die Befürworter der Grundrechtseigenschaft von der ganz konkreten Absicht geleitet werden, durch Kennzeichnung des Art.2 Abs.1 GG als Grundrecht eine Komplementärnorm für den lückenhaften Katalog der Freiheitsgrundrech-

327) Vgl. hierzu auch Hans J. Wolff, der diejenigen Rechtsätze, die unmittelbar aus Rechtsquellen "abgelesen" werden können, deutlich von solchen Rechtssätzen unterscheidet, die erst (durch rechtsschöpferische Ableitung) "gewonnen" werden (WOLFF, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, S.33 ff., 44 f.). Auch SCHMIDT, Die Freiheit vor dem Gesetz, in AÖR Bd.91 (1966), S.42 ff., läßt die gedankliche Trennbarkeit von Grundrechtsqualität und Auffangfunktion des Art.2 Abs.1 GG deutlich werden; Er sieht in Art.2 Abs.1 GG zwar ein Grundrecht, aber nur ein solches, das in abstracto nicht näher bestimmt werden kann. Deshalb verzichtet er auf den Versuch, den Inhalt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zu umschreiben; Konkretisierung könne der generalklauselartige Halbsatz 1 des Art.2 Abs.1 GG nur dadurch erfahren, daß sich nach und nach ein Bündel neuer Freiheitsrechte herausbilde; vgl. auch oben S. 6.

328) Dementsprechend sind alle diejenigen Interpreten, die die Entfaltungsfreiheit als Grundrecht erachten (vgl. oben S.2 ff.), zugleich Vertreter jener - herrschenden - Lehre vom Auffangcharakter des Art.2 Abs.1 GG.

te zu schaffen. Wie die Verneinung der Grundrechtseigenschaft des Art.2 Abs.1 GG dessen Kennzeichnung als Komplementärnorm verhindert, so ist im Ergebnis die Eigenschaft des Art.2 Abs. 1 GG als Komplementärnorm als eine unmittelbare Auswirkung der Erhebung dieses Artikels in den Rang eines Grundrechts anzusehen.

II. Auswirkungen der unterschiedlichen Auffassungen zum Grundrechtscharakter des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auf dessen Subsumierbarkeit unter einzelne rechtliche Tatbestände

1. Art.2 Abs.1 GG und die Aktualisierungswirkung des Art.1 Abs.3 GG

Diejenigen Autoren, die in Art.2 Abs.1 GG zwar eine Norm des objektiven Verfassungsrechts, nicht aber ein Grundrecht sehen, müssen bei Sachverhalten, deren rechtliche Beurteilung von der Subsumierbarkeit des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG unter den in einem Rechtssatz enthaltenen Begriff "Grundrecht" abhängt, zunächst prüfen, ob unter "Grundrecht" jeweils auch das nur objektivrechtlich gedeutete Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verstanden werden kann. Denn obwohl die Bemühungen um die Schaffung eines einheitlichen Grundrechtsbegriffs seit der Staatsrechtslehre im Deutschen Reich von 1871 nicht zum Stillstand gekommen sind³²⁹⁾, haben der Verfassungsgeber der Jahre 1948/1949 und der Gesetzgeber der Gegenwart keinen in Theorie und Praxis unzweideutig festgelegten Grundrechtsbegriff vorgefunden³³⁰⁾.

329) Zur Entwicklung dieser Diskussion vgl. KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Vorbem. A VI 2 und 3.

330) Zur Notwendigkeit eines einheitlichen Grundrechtsbegriffs vgl. WERTENBRUCH, Grundgesetz und Menschenwürde, S.29 f. und 97 ff. Die Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Grundrechtsbegriffs treten auch gegenwärtig noch zutage, z.B. bei dem Versuch JÄCKELS, das Wort

Demgemäß ist schon bei der Frage Einhaltung geboten, ob der rechtliche Tatbestand des Art.1 Abs.3 GG den Art.2 Abs.1 GG auch dann zu aktualisieren vermag, wenn dieser zwar als objektivrechtliche Grundrechtsbestimmung, nicht aber als Grundrecht interpretiert wird. Auf den ersten Blick scheint es naheliegend, bei der Interpretation des Art.1 Abs.3 GG den Begriff "Grundrecht" so zu verstehen, wie er von der Lehre³³¹⁾ heute fast ausnahmslos³³²⁾ gesehen wird, nämlich als subjektives öffentliches Recht. In diesem Falle ginge die Aktualisierungskraft des Art.1 Abs.3 GG an dem ausschließlich dem objektiven Recht zugeordneten Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit vorbei.

Wie fragwürdig jedoch der Versuch sein müßte, auf diese Weise den Wirkungsbereich des Art.1 Abs.3 GG einzuengen, lehrt ein Blick auf das Verhältnis dieser Norm zu solchen Rechtsfiguren des sogenannten Grundrechtskatalogs, die - wie der im Sinne der Mindermeinung interpretierte Art.2 Abs.1 Halbs. 1 GG - nur objektives Verfassungsrecht darstellen. Heranzuziehen sind hier - unter Bezugnahme auf die von Friedrich KLEIN³³³⁾ eingeführte Systematik und Terminologie - "Ein-

"Grundrecht" im Sinne des Art.18 GG zu ermitteln (JÄCKEL, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S.95 f.). JÄCKEL gibt keine allgemeingültige Grundrechtsdefinition; vielmehr werden Begriffe wie "subjektives Grundrecht", "objektives Grundrecht", "Grundrecht als solches", "Grundrechtsnorm" vielfach in einer nur aus dem Zusammenhang erschießbaren Bedeutung gebraucht.

331) Vgl. z.B. FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.I, 3.Aufl., S.156 ff.; KLEIN, a.a.O., Vorbem. A VI 2 c; Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 6.Aufl., § 33 V a) 1.

332) In der gegenwärtigen Staatsrechtslehre verweigern nur Walter HAMEL und Hildegard KRÜGER der Auffassung vom subjektiv-öffentlichen Charakter der Grundrechte ihre Zustimmung. HAMEL, Die Bedeutung der Grundrechte im Sozialen Rechtsstaat, S.20 f., und Hildegard KRÜGER, Besprechung der vorgenannten Abhandlung HAMELS in NJW 1957, S.944, versuchen, die Grundrechte aus ihrer Zuordnung zum einzelnen Rechtssubjekt herauszulösen, um auf diesem Wege eine absolute Geltung der Grundrechte zu erreichen.

333) Siehe KLEIN, a.a.O., Vorbem. A VI vor Ziff.1 sowie Ziff. 3 und 4.

richtungsgarantien" sowie die unter dem Oberbegriff "Grundsätze des Staatslebens" gruppierten Grundsatznormen und Auslegungsregeln. Diese Kategorien ausschließlich objektiven Verfassungsrechts würden - soweit sie nicht notwendigerweise zusammen mit einer Grundrechtsgewährleistung in ein und demselben Verfassungssatz enthalten sind³³⁴⁾ - aus dem Wirkungsbereich des Art.1 Abs.3 GG herausgelöst, falls nur die aus einer (objektiven) Grundrechtsnorm resultierenden Berechtigungen des einzelnen Rechtssubjekts als "nachfolgende Grundrechte" im Sinne des Art.1 Abs.3 GG anzuerkennen wären. Dann aber würde die Existenzberechtigung des Art.1 Abs.3 GG erheblich gemindert. Ungeachtet der Tatsache, daß die bisher geführten Diskussionen um Art.1 Abs.3 GG im wesentlichen nur die Ausstrahlungen dieser Norm auf die Grundrechte im Sinne subjektiv-öffentlicher Rechte herauszustellen pflegten, wird nämlich davon auszugehen sein, daß die selbständige und durch andere Rechtsfiguren nicht substituierbare Funktion des Art.1 Abs.3 GG gerade durch dessen Einwirkung auf die o b j e k t i v r e c h t l i c h e n Sätze des Grundrechtskatalogs offenbar wird. Dies ist wie folgt zu begründen.

334) Das ist die Regel (z.B. enthält Art.11 Abs.1 GG nicht nur ein Grundrecht, sondern zugleich eine Grundsatznorm und Auslegungsregel; vgl. KLEIN, a.a.O., Anm. II 2 zu Art.11). Das ist jedoch n i c h t der Fall bei dem nach KLEIN als Einrichtungsgarantie, nicht aber als Grundrecht anzusehenden Inhalt des Art.6 Abs.1 GG (Ehe und Familie). (Vgl. KLEIN, a.a.O., Vorbem. A VI 3 c sowie Anm. III 3 zu Art.6).

Seltener ist eine derartig zwingende Verkettung mit Grundrechten bei den Grundsatznormen zu finden. In diesem Sinne "selbständige" Grundsatznormen sind namentlich die objektivrechtlichen Garantien der Menschenwürde (Art.1 Abs.1 GG) und die Rechtsweggeneralklausel des Art.19 Abs.4 GG (letzterer wird allerdings von der herrschenden Lehre als Grundrecht aufgefaßt, vgl. DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 2 zu Art.19 Abs.4).

Prägnantestes Beispiel für eine selbständige Auslegungsregel ist das im Sinne der Mindermeinung als ausschließlich objektivrechtlicher Freiheitsrechtsleitsatz interpretierte "Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit" (vgl. KLEIN, a.a.O., Anm. III 5 b zu Art.2).

Art.1 Abs.3 GG hat unbestrittenermaßen die Funktion, diejenigen Grundrechtssätze, deren Wortlaut ihrer unmittelbaren Vollziehbarkeit nicht ausdrücklich im Wege steht³³⁵⁾, zu aktuell geltendem objektivem Recht zu gestalten und damit von Programmsätzen oder gar von unverbindlichen Proklamationen, wie sie in den Grundrechtskatalogen anderer Verfassungen zu finden sind, abzuheben. Somit wird zwar auch jedes einzelne Grundrecht dieser Aktualisierungswirkung teilhaftig, die konstitutive Grundlage für dessen Charakter als subjektiv-öffentliches Recht bildet Art.1 Abs.3 GG indessen nicht.³³⁶⁾ Diese findet sich vielmehr in der - z.B. bei Art.19 Abs.4 GG zum Ausdruck kommenden - Tendenz des Grundgesetzes, die Stellung des einzelnen Inhabers der Freiheit betont rechtsstaatsfreundlich und damit rechtsschutzfreundlich zu gestalten; daraus rechtfertigt sich sodann die - bei jedem Grundrechtssatz jeweils einzeln zu prüfende - Vermutung für die denkbar stärkste Wirkungsmöglichkeit der Grundrechtssätze³³⁷⁾, also für deren selbständige prozessuale Durchsetzbarkeit.

Ist nun ein Verfassungssatz gemäß den vorstehenden Gedankengängen den Grundrechten im Sinne subjektiv-öffentlicher Rechte zugeordnet worden, so wird er bereits deshalb als unmittelbar geltendes und für Legislative, Exekutive und Judikative bindendes Recht anzuerkennen sein. Denn es wäre nicht vorstellbar, daß ein subjektiver, also prozessual selbständig durchsetzbarer Grundrechtssatz noch eines zusätzlichen Rechtssatzes, nämlich des Art.1 Abs.3 GG, bedürfte, um als

335) So findet Art.1 Abs.3 GG eine Schranke an der Formulierung des Art.6 Abs.5 GG; hier handelt es sich um einen an den Gesetzgeber gerichteten Auftrag zur Schaffung aktuell geltenden Rechts (vgl. DÜRIG, a.a.O., Rn 95 zu Art.1, sowie KLEIN, a.a.O., Vorbem. B VII 2).

336) Ungenau daher die Formulierung DÜRIGS, a.a.O., Rn 96 zu Art.1: Im Regelfall "aktualisiert Art.1 Abs.3 GG die 'nachfolgenden Grundrechtsnormen' zu subjektiven Rechten". Richtig aber derselbe, a.a.O., Rn 92 zu Art.1; ebenso KLEIN, a.a.O., Anm. V 2 zu Art.1.

337) NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.744. Vgl. hierzu KLEIN, a.a.O., Vorbem. B VIII.

unmittelbar geltendes Recht die drei Gewalten binden zu können³³⁸⁾.

Soweit die Eigenschaft der Grundrechte als subjektiv-öffentlicher Rechte in Rede steht, wird dem Art.1 Abs.3 GG demgemäß nur bekräftigende, nicht aber konstitutive Wirkung beizumessen sein.

Aus alledem folgt, daß Art.1 Abs.3 GG seine eigenständige Bedeutung und den Nachweis seiner Existenznotwendigkeit erst dann erhält, wenn nicht-subjektive Grundrechtssätze den "nachfolgenden Grundrechten" im Sinne von Art.1 Abs.3 GG zugerechnet werden. So zu verfahren, wird unumgänglich, weil Art.1 Abs.3 GG die Aufgabe hat, das auf Art.1 Abs.1 GG aufbauende Wertsystem so weit wie möglich zu aktuell geltendem Recht zu formen, und weil dieses Wertsystem nicht nur durch Grundrechte positiviert worden ist³³⁹⁾, sondern seinen Ausdruck ebenso in objektivrechtlichen Grundrechtsbestimmungen findet, zum Beispiel in Einrichtungsgarantien und in dem ausschließlich objektivrechtlich gelesenen Freiheitsrechtsleitsatz des Art.2 Abs.1 GG.

Demgemäß ist es für die Subsumierbarkeit des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit unter Art.1 Abs.3 GG ohne Belang, ob man sich in der Auseinandersetzung um die Grundrechtseigenschaft des Art.2 Abs.1 GG für dessen subjektiv-öffentlichen Charakter oder für dessen ausschließliche Zuordnung zum objektiven Recht entscheidet.

338) Als einzige (temporäre) Ausnahme ist hier Art.3 Abs.2 GG zu nennen, der, wiewohl von vornherein als Grundrechtsgewährleistung anerkannt (vgl. KLEIN, a.a.O., Anm. II 5 zu Art.3), kraft der besonderen Regelung des Art.117 GG erst seit dem 1.IV.1953 aktuell geltendes Verfassungsrecht darstellt (vgl. zum Ganzen KLEIN, a.a.O., Anm. IV 1 zu Art.3).

339) Vgl. hierzu besonders WERTENBRUCH, Grundgesetz und Menschenwürde, S. 185 f.

2. Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Schutze der Substanzgarantie des Art.19 Abs.2 GG

a) Zur Anwendbarkeit des Art.19 Abs.2 auf Art.2 Abs.1 GG

Auf der Suche nach den Auswirkungen, die sich bei Verneinung der Grundrechtseigenschaft des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit einstellen, kann Art.19 Abs.2 GG nur für denjenigen von Bedeutung sein, der diese "Substanzgarantie" nicht nur den "durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes" einschränkbaren, sondern auch solchen Grundrechtsartikeln zuteil werden lassen will, die - wie z.B. Art.2 Abs.1 GG - schon vom Verfassungsgeber mit Schranken ausgestattet worden sind.³⁴⁰⁾

Dem Art.19 Abs.2 GG einen so weiten Geltungsbereich zuzuschreiben, widerstreitet allerdings der - von einer starken Gegenmeinung - behaupteten Notwendigkeit, den zweiten Absatz des Art.19 GG als Satz 3 des ersten Absatzes dieses Artikels zu verstehen³⁴¹⁾; durch diese Auslegung wird er-

340) Eine so umfassende Wirkungskraft des Art.19 Abs.2 GG hat als erster WERNICKE, in Bonner Kommentar, Ziff.II 2 b, S.7 f., befürwortet. Angesichts der "kategorischen Fassung" dieser Norm ("in keinem Falle") sieht WERNICKE keine andere Wahl, als die Substanzgarantie nicht nur auf die unter Gesetzesvorbehalt stehenden, sondern auf die Grundrechte schlechthin zu erstrecken; zustimmend JÄCKEL, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S.45 ff. (48).

Die Möglichkeit, den Art.19 Abs.2 GG auf alle Grundrechtsartikel anzuwenden, wird ferner - allerdings ohne nähere Begründung - bejaht von DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 15, 44 f., 66, 81 zu Art.1 und Rn 25 (mit Fn 2), 28 (mit Fn 1), 31 zu Art.2 Abs.1 GG; VON KRAUSS, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 50; Herbert KRÜGER, Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Art.19 GG, in DÖV 1955, S.597 ff. (599); NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S. 792 f.

341) So ausdrücklich bei IPSEN, Enteignung und Sozialisierung, in VVDSt, Heft 10 (1952), S.74 ff. (94); KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Anm. V 2 c zu Art.19 (KLEIN, a.a.O., Anm. V 1 a zu Art.19, hebt allerdings auch die Bedeutung des Art.19 Abs.2 als Auslegungsregel für Exekutive und Judikative hervor, vgl. Fn 342). Unausgesprochen liegt diese Auffassung auch allen denjenigen Stellungnahmen zugrunde, denen zufolge Schutzob-

reicht, daß das Antastungsverbot des zweiten Absatzes sich nicht an den Staat schlechthin, sondern nur an den in Art.19 Abs.1 GG angesprochenen Gesetzgeber richtet,³⁴²⁾ und daß dieses Antastungsverbot nur zu Gunsten solcher Grundrechtsartikel wirken kann, auf die sich Art.19 Abs.1 GG bezieht. Zu den von Art.19 Abs.1 GG erfaßten Grundrechtsartikeln gehört aber - nach heute unbestrittener³⁴³⁾ Auffassung - nicht der Art.2 Abs.1 GG; denn das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ist "von vornherein nur unter der 'verfassungsmä-

jekt und Adressat des Art.19 Abs.2 dieselben sind wie diejenigen des Art.19 Abs.1 GG; so Ernst HESSE, Gesetzgeber, S. 100; Hans PETERS, Referat, S.22 (mit Fn 35). Auch das Bundesverfassungsgericht bejaht eine enge Verbindung des ersten und des zweiten Absatzes von Art. 19 GG; vgl. Beschluß vom 17.7.1961 - 1 BvL 44/55 - BVerfGE 13, S.97 ff. (122); Beschluß vom 12.1.1967 - 1 BvR 168/64 - BVerfGE 21, S.92 f.

- 342) Als ein nur an den Gesetzgeber gerichtetes Gebot erscheint Art.19 Abs.2 GG allerdings auch in den Äußerungen solcher Autoren, die das Wirkungsfeld des Art.19 Abs.2 GG weit abstecken (vgl. oben Fn 340), so z.B. bei Herbert KRÜGER, a.a.O., S.597 ff. Ein an alle drei Gewalten gerichtetes Gebot enthält Art.19 Abs.2 GG nach der eindeutig zum Ausdruck gebrachten Auffassung WERNICKES, a.a.O., Ziff. II 2 b, S.7 f. und JÄCKELS, a.a.O., S.44 und 48. - Das Antastungsverbot mit konstitutiver Wirkung an den Gesetzgeber zu richten, schließt allerdings nicht aus, daß "der in Abs.2 (sc. des Art.19 GG) ausgedrückte Gedanke wegen seiner Selbstverständlichkeit" von der ausführenden Gewalt und von der Rechtsprechung als A u s l e g u n g s r e g e l zu beachten ist (so KLEIN, a.a.O., Anm. V 1 a zu Art.19). Das bedeutet, daß die Begriffe "Rechte anderer", "Sittengesetz" und "verfassungsmäßige Ordnung" nicht so weit ausgelegt werden dürfen, daß die betroffenen Grundrechtsbestimmungen in ihrem Gelten angegriffen werden (so KLEIN, ebenda).
- 343) KLEIN, a.a.O., Anm. III 1 b, c und IV 2 zu Art.19. Soweit ersichtlich, hatten nur das OLG Braunschweig in einem Beschluß vom 31.1.1957 - Ws 225/56 - in NJW 1957, S.759 f. (760) sowie der Bayer.Landtag (Art.5 des Gesetzes gegen die Verwendung von Kennzeichen verbotener Organisationen vom 27.3.1952; in Bayr.GVB1 S.123) die gegenteilige Ansicht vertreten.

Bigen Ordnung' gewährleistet"³⁴⁴). Folgerichtig hat Hans PETERS³⁴⁵), einer der Befürworter jener Gegenmeinung, es geradezu als einen Fehler bezeichnet, daß das Bundesverfassungsgericht³⁴⁶) einen durch die Schranke "verfassungsmäßige Ordnung" gerechtfertigten Eingriff in die Entfaltungsfreiheit auch auf seine Vereinbarkeit mit Art.19 Abs.2 GG geprüft hat, obwohl doch in Art.2 Abs.1 GG gerade nicht von einer Einschränkung "durch Gesetz" oder "auf Grund eines Gesetzes" die Rede ist. PETERS hat zwar mit seiner Äußerung eine Auffassung zum Ausdruck gebracht, die heute als durchaus herrschend zu bezeichnen ist.³⁴⁷) Gleichwohl kann die Frage, ob die Verneinung der Grundrechtsqualität des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit Auswirkungen auf dessen Verhältnis zu Art.19 Abs.2 GG hat, nicht mit dem Hinweis auf eine Unanwendbarkeit des Art.19 Abs.2 GG auf Art.2 Abs.1 GG beantwortet werden.

Die Mindermeinung, derzufolge die Substanzgarantie a l l e Grundrechtsartikel erfasse, hat im Gegenteil in jüngster Zeit eine nachdrückliche Aufwertung erfahren: Mit beachtlichen Argumenten hat Hartmut JÄCKEL³⁴⁸) die enge Bindung des Absatzes 2 von Art.19 GG an dessen ersten Absatz zu lösen und das der Substanzgarantie von der herrschenden Lehre zugewiesene Wirkungsfeld zu vergrößern versucht. Die Einbeziehung nicht "durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes" einschränkbarer Grundrechtsgewährleistungen in den Geltungsbereich des Art.19 Abs.2 GG hält er insbesondere deshalb für geboten, weil sonst in Grenz- und Zweifelsfällen der Schutz des "Wesensgehalts" nicht sichergestellt ist. Diese Auffassung bekräftigt JÄCKEL³⁴⁹) durch Beispiele, - so durch den

344) Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29.7.1959 - 1 BvR 394/58 - BVerfGE 10, S.89 ff. (99) (Die beiden anderen Komponenten des Art.2 Abs.1 Halbs.2 GG waren für dieses Urteil ohne Belang).

345) PETERS, Referat, S.22 (mit Fn 35).

346) Beschluß vom 12.11.1958 - 2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/57 - BVerfGE 8, S.274 ff. (328 f.). Vgl. demgegenüber die eindeutige Beschränkung der Substanzgarantie auf Grundrechtsartikel mit Gesetzesvorbehalt in dem oben Fn 341

Hinweis auf die wohl unbestrittene These, wonach auch die Inhaltsbestimmung im Sinne von Art.14 Abs.2 Satz 2 GG an der Wesensgehaltssperre des Art.19 Abs.2 GG ihre Grenze finden muß. Verfassungsrechtlich abgesichert ist, wie JÄCKEL zu erkennen gibt, diese These erst dann, wenn man offen zugibt, daß auch die nicht unter Gesetzesvorbehalt (im Sinne von Art. 19 Abs.1 GG) stehende Grundrechtsgewährleistung unter Art.19 Abs.2 GG zu subsumieren ist.

Für den Befürworter der durch JÄCKELS Untersuchung gefestigten Mindermeinung steht die Anwendbarkeit des Art.19 Abs.2 auf Art.2 Abs.1 GG außer Frage.

b) Art.2 Abs.1 GG und die unterschiedlichen Auffassungen zum Schutzobjekt des Art.19 Abs.2 GG

aa) Läßt man die in Art.19 Abs.2 GG gegebene Garantie sowohl der Grundrechtsbestimmung als auch dem daraus resultierenden Grundrecht zugute kommen³⁵⁰⁾, so wirft die Subsumierbarkeit des nicht nur als objektiven Verfassungssatz, sondern auch als Grundrechtsgewährleistung gekennzeichneten Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG unter Art.19 Abs.2 GG keinerlei Fragen auf.

bb) Für den Befürworter der doppelten, also nicht nur der objektivrechtlichen, sondern auch der subjektivrechtlichen Bedeutung des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG steht diese Norm nur in ihrer erstgenannten Eigenschaft unter der Garantie des Art. 19 Abs.2 GG, wenn er mit Friedrich KLEIN zu dem Ergebnis kommt, Art.19 Abs.2 GG sei nicht zum Schutze von Grundrechten bestimmt, sondern solle nur verhindern, daß das Gelten

genannten Beschluß vom 17.7.1961.

347) Vgl. die oben Fn 341 Genannten.

348) JÄCKEL, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, insbesondere S.43 ff.

349) JÄCKEL, a.a.O., S.46 ff.

350) So die herrschende Lehre, z.B. HAMANN, Kommentar, 2. Aufl., Anm. C 6 zu Art.19; Eike VON HIPPEL, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S.48 (mit Fn 4); VON KRAUSS, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S.48; Herbert KRÜGER, Der Wesensgehalt der Grundrechte, in

einer Grundrechtsbestimmung so gemindert wird, daß sie für alle Individuen oder auch nur für einen größeren Teil von ihnen oder überhaupt für das soziale Leben bedeutungslos wird.³⁵¹⁾ Bei dieser Deutung wird die Möglichkeit, hoheitliche Eingriffe in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit mit Hilfe des Art.19 Abs.2 GG abzuwehren, von zwei Seiten her eingeschränkt:

aaa) Da ein subjektiv-öffentliches Recht, also auch ein Grundrecht, anzusehen ist als die "einer Person verliehene Willensmacht zur Befriedigung eines Eigeninteresses oder eines ihr durch die Rechtsordnung ausdrücklich zur Wahrnehmung im eigenen Namen übertragenen Interesses"³⁵²⁾, steht der Art.2 Abs.1 GG in der ihm zugeschriebenen subjektiv-rechtlichen Funktion nicht unter dem Schutz des im Sinne KLEINS ausgelegten Art.19 Abs.2 GG. Denn die Tatsache, daß, wie von der herrschenden Lehre behauptet, dem Individuum die Entfaltungsfreiheit als selbständig einklagbares Recht zusteht, hat "für das soziale Leben im ganzen keine Bedeutung"³⁵³⁾. Demgemäß kann der einzelne einen Einzeleingriff in den Wesensgehalt seines als Grundrecht interpretierten Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nicht durch Berufung auf Art.19 Abs.2 GG verhindern.

DÖV 1955, S.597 ff. (600); ZIPPELIUS, Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkungen von Grundrechten, in DVBl 1956, S.553 ff.

351) So KLEIN, a.a.O., Anm. V 2 zu Art.19 unter Bezugnahme auf den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 7.5.1953 - 1 BvL 104/52 - BVerfGE 2, S.260 ff. = JZ 1953, S.459 ff. = NJW 1953, S.1057 ff. = DVBl 1953, S.501 ff. Die Auffassung KLEINS wird bestätigt von HAEBERLE, Die Wesensgehaltsgarantie des Art.19 Abs.2 GG, S.234 ff.; JÄCKEL, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S.49 ff. (mit der guten Formulierung, Art.19 Abs.2 GG sei nur "generelle Bestandsgarantie", schütze aber nicht die individuelle Grundrechtsposition); KAISER, Verfassungsrechtliche Eigentumsgewähr, Enteignung und Eigentumsbildung in der Bundesrepublik Deutschland, S.5 ff. (43); RUPP, Beweisverbote in verfassungsrechtlicher Sicht, Gutachten für den

Sozial erheblich und damit von dem im Sinne KLEINS ausgelegten Art.19 Abs.2 GG abgewehrt wird ein Eingriff in den Wesensgehalt des Art.2 Abs.1 GG erst dann, wenn dadurch mindestens die Mehrheit der Inhaber des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit betroffen wird. Ist aber die Mehrheit oder gar der Inbegriff jener subjektiven Berechtigungen angetastet, so ist es auch die dem einzelnen subjektiven Verfassungsrecht zugrundeliegende objektive Grundrechtsbestimmung, und zwar insoweit, als diese die soziale Bedeutung des Grundrechtssatzes repräsentiert.

bbb) Selbst in seiner Eigenschaft als (objektivrechtliche) Grundrechtsbestimmung steht Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG nicht voll und ganz unter dem Schutz des nach den Empfehlungen Friedrich KLEINS ausgelegten Art.19 Abs.2 GG. Denn Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG hat - gleichviel, welche der oben³⁵⁴⁾ dargestellten Inhaltsbestimmungen man zugrundelegt - nicht nur die sozialübliche Persönlichkeitsentfaltung zum Gegenstand³⁵⁵⁾; sondern diese Norm ist (im Rahmen ihres "Soweit"-Satzes) auch die objektivrechtliche Grundlage für die Inanspruchnahme der Freiheit durch einen Außenseiter, dessen Tun für das soziale Leben im ganzen ohne Belang und mit der im Volke herrschenden Auffassung unter Umständen nicht zu vereinbaren ist. Derartige individualistische Ausprägungen des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gehören also nicht

46. Deutschen Juristentag, S.167 ff. (190). Vermittelnd Konrad HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S.133.

352) So die Formulierung BACHOFs, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S.64; vgl. auch die im Ergebnis kongruente Definition bei Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht (3.Aufl.), S.201.

353) So KLEIN, a.a.O., Anm. V 2 b zu Art.19 (in Bezug auf Grundrechte schlechthin).

354) Vgl. oben S. 13 ff.

355) Das gilt auch dann, wenn der Inhalt des Art.2 Abs.1 GG eng, d.h. im Sinne der Persönlichkeitskerntheorie, ausgelegt wird. Die Entfaltung innerhalb des "Persönlichkeitskerns" kann durchaus zu Friktionen mit der Auffassung der Mehrheit führen.

zu den Schutzobjekten des im Sinne KLEINS interpretierten Art.19 Abs.2 GG.³⁵⁶⁾

cc) Bei der Frage nach den Schutzobjekten des Art.19 Abs.2 GG wird eine neue Lösungsmöglichkeit von Peter LERCHE³⁵⁷⁾ empfohlen.

An den vorstehend unter aa) und bb) genannten Deutungen des Grundrechtsbegriffes in Art.19 Abs.2 GG - entweder Grundrechtsbestimmung und Grundrecht oder Grundrechtsbestimmung allein - beanstandet LERCHE, daß jene zu wenig, diese zu viel Eingriffsspielraum belasse. Zwar räumt er ein, daß die Grundrechte ohne den Wesensgehalt antastende Einschränkungsmöglichkeiten nicht denkbar sind³⁵⁸⁾; die danach naheliegende Schlußfolgerung, nur den Grundrechtsbestimmungen die Substanzgarantie zu gewähren, vollzieht LERCHE indessen nicht. Vielmehr versucht er, die herkömmliche Gegensätzlichkeit von objektiver Grundrechtsbestimmung, namentlich der Einrichtungsgarantie, einerseits und den Grundrechten andererseits aufzulösen; demgemäß entwickelt er als neue rechtliche Kategorie und als Schutzobjekt des Art.19 Abs.2 GG das "Kernstück der unterverfassungsgesetzlichen Normenkomplexe, die den einzelnen freiheitlichen Grundrechten zugrundeliegen". Nicht der durch die Grundrechte geschützten Freiheit gelte die Garantie des Art.19 Abs.2 GG, sondern dem typisch Schützenden, nämlich den zahllosen subjektiven Berechtigungen, durch die der (einfache) Gesetzgeber die Freiheit anerkannt und gestaltet habe.³⁵⁹⁾ Im Vergleich zu der herrschenden Auf-

356) Hierauf macht ZIVIER, Der Wesensgehalt der Grundrechte, S.44 f., aufmerksam.

357) Vgl. LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.237 ff.

358) Insoweit besteht Übereinstimmung mit der Auffassung KLEINS, a.a.O., Anm. V 2 c zu Art.19.

359) Nach LERCHE, ebenda, S.243, Fn 238, sind diese unterverfassungsgesetzlichen Normenkomplexe in folgenden gesetzestechischen Formen verwirklicht:
a) durch positive Formulierungen (z.B. die Vorschriften des BGB über den grundsätzlichen Inhalt des Eigentums im Sinne von Art.14 GG); b) durch negativ gefaßte Normen (z.B. die strafrechtlichen Normen zum Schutz der

fassung und zu der Lehre Friedrich KLEINs verspricht sich LERCHE von seiner neuartigen Festlegung des "Wesensgehaltes eines Grundrechts" besonders deshalb eine größere und stärker abgestufte Anwendbarkeit des Art.19 Abs.2 GG, weil diese Festlegung den "in Art.19 Abs.2 GG eingegossenen Verhältnismäßigkeitsgedanken" aktuell werden lasse; Je stärker sich die Maßnahme der öffentlichen Gewalt³⁶⁰⁾ jenem Kernstück des unterverfassungsgesetzlichen Normenkomplexes nähere, desto mehr drohe dieses Vorhaben ins schlechthin Unverhältnismäßige umzuschlagen, also das Schutzobjekt des Art.19 Abs.2 GG anzutasten.³⁶¹⁾

Die Ausgangsfrage, ob sich die Negierung der Grundrechtsqualität des Art.2 Abs.1 GG auf dessen Subsumierbarkeit unter Art.19 Abs.2 GG auswirkt, ist im Lichte der LERCHEschen Auslegung wie folgt zu beantworten:

Da nach LERCHE nicht die jeweiligen Grundrechte, sondern nur deren unterverfassungsgesetzliche Normenkomplexe die Garantie des Art.19 Abs.2 GG genießen, läßt sich das - wie immer qualifizierte - Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit selbst nicht unter Art.19 Abs.2 GG subsumieren. Damit der Normenkomplex, der dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zugrundeliegt³⁶²⁾, der Garantie des Art.19

durch Art.2 Abs.2 GG garantierten körperlichen Bewegungsfreiheit); c) durch Aussparungen (z.B. durch Verzicht auf einschränkende Normen auf dem Gebiet der "Freiheit der Lehre" im Sinne von Art.5 Abs.3 GG).

360) LERCHE stellt zwar entsprechend seiner Intention, Gebundenheiten des Gesetzgebers aufzuzeichnen, nur auf dessen potentielle Eingriffe ab; es erscheint jedoch unbedenklich, seine auf den Gesetzgeber bezogenen Erkenntnisse insoweit auf die öffentliche Gewalt schlechthin zu erstrecken.

361) LERCHE, ebenda, S.243.

362) Zu dem unterverfassungsgesetzlichen Normenkomplex des Art.2 Abs.1 GG können z.B. (der auch auf Art.1 GG beruhende) § 136 a StPO (Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung) sowie das gesamte - gleichermaßen in Art.1 Abs.1 und Art.2 Abs.1 GG wurzelnde - "Allgemeine Persönlichkeitsrecht" gerechnet werden. (Letzteres allerdings nur dann, wenn man es wirklich im "unterverfassungsgesetzlichen" Range beläßt und es

Abs.2 GG teilhaftig wird, ist es nicht erforderlich, Art.2 Abs.1 GG als Grundrecht zu qualifizieren. Zwar sieht LERCHE ausdrücklich nur diejenigen Normenkomplexe durch Art.19 Abs.2 GG garantiert, die einem G r u n d r e c h t zugrundeliegen. Man tut jedoch der Konzeption LERCHEs keinen Zwang an, wenn man, sofern diese im Ansatz bejaht wird, die Garantie des Art.19 Abs.2 GG auch auf solche Normenkomplexe erstreckt, die einem ausschließlich objektivrechtlich gelesenen Freiheitsrechtssatz des Grundrechtskatalogs zugrundeliegen. Denn erstens ist die Entfaltungsfreiheit auch dann bindend positiviert, wenn der Verfassungsgeber sie nicht in Gestalt eines subjektiven Rechts garantiert, sondern es, wie von der Mindermeinung behauptet, bei einem objektivrechtlichen "Freiheitsrechtssatz" belassen hat³⁶³⁾. Zweitens sind die Freiheitsgrundrechte allesamt Ausfluß einer objektiv-rechtlichen Grundrechtsbestimmung, so daß der von LERCHE nur im Zusammenhang mit Grundrechten genannte unterverfassungsgesetzliche Normenkomplex seine Grundlage gleichermaßen in der Grundrechtsbestimmung findet. Die Verneinung der Grundrechtsqualität des Art.2 Abs.1 GG hindert also nicht, dem unterverfassungsgesetzlichen Normenkomplex, der auf diesen Artikel zurückzuführen ist, die Garantie des im Sinne LERCHEs interpretierten Art.19 Abs.2 GG zuteil werden zu lassen.

3. Das Verhältnis von Art.2 Abs.1 GG zu Art.19 Abs.4 GG und zu § 40 VwGO.

a) Für den Befürworter der Grundrechtsqualität des Art.2 Abs.1 GG versteht es sich von selbst, daß derjenige, der

nicht, wie NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.832, vorschlägt, zum Grundrecht erhebt; vgl. hierzu unten S.117 ff.

Für den Fall, daß der Inhalt des Art.2 Abs.1 GG als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit gedeutet wird, sieht sich LERCHE, ebenda, S.298, allerdings außerstande, den Wesensgehalt dieses "völlig ausgeweiteten Grundrechts" zu bestimmen.

363) So die von KLEIN für Art.2 Abs.1 GG geprägte Bezeichnung, vgl. oben S. 8.

durch die öffentliche Gewalt in seinem Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit verletzt zu sein behauptet, unter Berufung auf Art.19 Abs.4 GG den Rechtsweg, also den "Gerichtsweg"³⁶⁴⁾, wählen kann. So vielfältig die Sinngebungen, die die Formulierung "in seinen Rechten" gefunden hat, auch sein mögen³⁶⁵⁾, - die Subsumierbarkeit der Grundrechte, also auch des als Grundrecht gelesenen Art.2 Abs.1 GG, unter den Begriff "Recht" des Art.19 Abs.4 GG steht außer Frage.

b) Trotz der rechtsschutzfreundlichen Tendenz, die in der Diskussion um Art.19 Abs.4 GG zusehends stärker wird³⁶⁶⁾, verliert Art.2 Abs.1 GG seine Justizialibilität jedoch dann, wenn man ihn als Grundrechtsbestimmung ausschließlich dem objektiven Recht zuordnet. Entsprechend der Funktion des Art.19 Abs.4 GG, umfassenden Rechtsschutz zu gewähren, ist zwar die extensive Auslegung dieser "verfassungsgestaltenden Grundentscheidung"³⁶⁷⁾ geboten³⁶⁸⁾. Der dem Interpreten des Art.19 Abs.4 GG mithin gegebene Spielraum findet jedoch seine obere Begrenzungslinie in der Notwendigkeit, den Art.19

364) So DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 39 zu Art.19 Abs.4; Friedrich KLEIN, Tragweite der Generalklausel im Art.19 Abs.4 des Bonner Grundgesetzes, in VVdSt Heft 8 (1950), S.67 ff. (93).

365) Vgl. die Übersicht bei KLEIN, in von MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm. VII 3 zu Art.19.

366) Besonders intensiv setzt sich z.B. BACHOF, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht, in DÖV 1953, S.417 ff. (421), für einen weitestgehenden Geltungsbereich des Art.19 Abs.4 GG ein; Unserer vom Grundgesetz geschaffenen Ordnung werde nur dann Genüge getan, wenn alle durch objektive Rechtssätze gesicherten Positionen des Bürgers im Verhältnis zum Staat als subjektive Rechte angesehen werden. Vgl. auch HAMANN, Kommentar, Anm.15 zu Art.19 Abs.4.

367) So DÜRIG, a.a.O., Rn 1 zu Art.19 Abs.4, unter Bezugnahme auf Hans J. WOLFF, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S.33 ff. (47 ff.).

368) Vgl. DÜRIG, a.a.O., Rn 9 zu Art.19 Abs.4; KLEIN, a.a.O., Anm. VII zu Art.19.

Abs.4 GG nur so weit auszulegen, daß der vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen Popularklage nicht Vorschub geleistet wird³⁶⁹⁾, daß also Klagen unmöglich bleiben, "bei denen jemand nicht seine eigenen Rechte verfolgen, sondern als Sachwalter eines Dritten oder der Allgemeinheit auftreten will".³⁷⁰⁾ Zwar wird derjenige nicht als Sachwalter der Allgemeinheit auftreten wollen, der auf dem Rechtsweg vorzubringen versucht, die öffentliche Gewalt habe rechtswidrig gehandelt, indem sie bei Erlass eines ihn betreffenden Hoheitsaktes die Grundrechtsbestimmung des Art.2 Abs.1 GG nicht oder nicht richtig herangezogen habe.

Entscheidend aber bleibt, daß Art.2 Abs.1 GG, auf objektiv-rechtliches Wirken beschränkt, gerade nicht dem einzelnen Rechtssubjekt, sondern dem Bürger schlechthin, d.h. der Allgemeinheit, zugeordnet ist. Allein objektives Recht geltend machen, heißt also allemal - auch bei entgegengesetzter Intention des Antragstellers -: als Sachwalter der Allgemeinheit auftreten. Dies führt mithin zu der Feststellung: Wird der Grundrechtsbestimmung von der "freien Entfaltung der Persönlichkeit" nicht ein Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts entnommen, so bestimmt sich deren Aktualität ausschließlich nach Art.1 Abs.3 GG³⁷¹⁾; die Subsumtion des Art.2 Abs.1 GG unter Art.19 Abs.4 GG kommt in diesem Fal-

369) In diesem Sinne KLEIN, a.a.O., Anm.VII 3 e zu Art.19; PABST, Die Bedeutung des Art.19 Abs.4 Bonner Grundgesetz für die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage, in DÖV 1951, S.284 ff. (287).

Stark in den Hintergrund tritt das Bedenken gegen eine mittelbare Institutionalisierung der Popularklage bei HAMANN, Kommentar, Anm.15 zu Art.19 Abs.4. Er gibt im Blick auf die Stellungnahmen, die nunmehr sogar ein Recht auf ermessensfehlerfreie Behandlung anerkennen wollen, zu bedenken, daß der Schritt von dieser Anerkennung bis zur Zulassung einer auf die Verletzung lediglich objektiven Rechts gestützten Klage nicht sehr groß ist. Diesen Schritt zu vollziehen, erscheint HAMANN aus rechtsstaatlichen Gründen erwägenswert.

370) So die von EYERMANN-FRÖHLER, Verwaltungsgerichtsgesetz (2.Auf1.), Anm.1 zu § 23, gegebene Umschreibung.

371) Siehe oben S. 88 ff.

le nicht in Betracht.

Diese Konsequenz erhält insofern ihr besonderes Gewicht, als damit zugleich das Verhältnis des ausschließlich objektiv-rechtlich ausgelegten Art.2 Abs.1 GG zu der Rechtsweg-General-klausel des § 40 VwGO festgelegt wird. Die einheitliche Auslegung des Art.19 Abs.4 GG einerseits und dieser verwaltungsgerichtlichen Generalklausel andererseits wird auf das Gebot der verfassungskonformen Interpretation³⁷²⁾ gestützt.³⁷³⁾ Die Erhebung des Art.2 Abs.1 GG zum Grundrecht ist also auch für dessen Subsumtion unter die Rechtsweg-Generalklausel des § 40 VwGO als unverzichtbare Voraussetzung anzusehen.

4. Art.2 Abs.1 als Prüfungsmaßstab in der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes

a) Abstrakte und konkrete Normenkontrolle

Ganz unberührt von dem Streit um den Grundrechtscharakter des in Art.2 Abs.1 GG gewährten Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit bleibt die Funktionsfähigkeit des Art.2 Abs.1 GG als Prüfungsmaßstab in der sogenannten abstrakten und in der sogenannten konkreten Normenkontrolle. Denn diese beiden Verfahrenstypen dienen in der Ausprägung, die sie im Bundesverfassungsgerichtsgesetz sowie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gefunden haben³⁷⁴⁾, dem Schutz des

372) Zum Begriff der verfassungskonformen Interpretation s. Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 7.V.1953 - 1 BvL 104/52 - BVerfGE 2, 226 ff. (282) = NJW 1953, S. 1057 ff. (1059) = DVBl 1953, S.501 = JZ 1953, S.459 ff. (461).

373) Siehe DÜRIG, a.a.O., Rn 7 und Rn 33 zu Art.19 Abs.4; SCHOEN, Zeit- und Streitfragen zum Verwaltungsprozeß, in DÖV 1951, S.521 ff. (522).

Widerspruch gegen die einheitliche Interpretation des Art.19 Abs.4 GG und des § 40 VwGO (bzw. der Rechtsweg-general-klauseln in den von der Verwaltungsgerichtsordnung abgelösten Prozeßordnungen) ist weder in der Praxis noch in der Literatur lautgeworden, obwohl doch Art.19 Abs.4 GG keineswegs von vornherein den Weg versperrt, derartige Klauseln noch extensiver auszulegen (nach

Bundesverfassungsrechts schlechthin³⁷⁵⁾, folglich auch dem Schutz der objektivrechtlichen und der - umstrittenen - subjektivrechtlichen Komponente des Art.2 Abs.1 GG. In erster Linie freilich haben diese beiden Verfahrenstypen die Funktion, zur Garantie des objektiven Verfassungsrechts beizutragen.³⁷⁶⁾

Wird also in einem Antrag auf abstrakte Normenkontrolle oder in der Vorlage zu einer konkreten Normenkontrolle die Unvereinbarkeit eines Gesetzes "mit Art.2 Abs.1 GG" behauptet, so bedarf es im Hinblick auf die Zulässigkeit dieser Kontrollverfahren keiner Abgrenzung, ob damit Art.2 Abs.1 GG als ausschließlich objektivrechtliche Norm oder als (auch) subjektivrechtliche Grundrechtsgewährleistung gemeint ist.

b) Verfassungsbeschwerde

Um so augenfälliger wirkt sich jener Streit auf die Anwend-

KLEIN, Tragweite der Generalklausel im Art.19 Abs.4 des Bonner Grundgesetzes, in VVdSt Heft 8 (1950), S. 67 ff. (99), gewährleistet Art.19 Abs.4 GG zunächst nicht mehr als ein gewisses Mindestmaß).

374) Vgl. § 13 Ziff.6, §§ 76 ff. BVerfGG (in Verb.m.Art.93 Abs.1 Ziff.2 GG) (abstrakte Normenkontrolle); § 13 Ziff. 11-14, §§ 80 ff. BVerfGG (in Verb.m.Art.100 GG) (konkrete Normenkontrolle). Als Prüfungsobjekt in der konkreten Normenkontrolle wird vom Bundesverfassungsgericht allerdings nur formelles nachkonstitutionelles Recht zugelassen (zu der Beschränkung auf formelles Recht vgl. Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20.3.1952 - 1 BvL 12, 15, 16, 24, 28/51 - BVerfGE 1, S.184; zu dem Erfordernis "nachkonstitutionelles Recht" vgl. Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 24.2.1953 - 1 BvL 21/51 - BVerfGE 2, S.124).

375) Vgl. z.B. ARNDT, Das Bundesverfassungsgericht, in DVBl 1952, S.1 ff. (4); FRIESENHAHN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, S.67.

376) Für die abstrakte Normenkontrolle vgl. LECHNER, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in Grundrechte Bd.III/2, S.667; für die konkrete Normenkontrolle vgl. LECHNER, a.a.O., S.661, und FRIESENHAHN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, S.42.

Inwieweit in beiden Verfahren subjektive Rechte relevant werden können, zeigt LECHNER, a.a.O., S.661 und 667.

barkeit des Art.2 Abs.1 GG im Verfahren nach § 90 BVerfGG (Verfassungsbeschwerde) aus.

Mit der Negierung des Grundrechtscharakters von Art.2 Abs.1 GG wird dem Bürger die Möglichkeit genommen, sich im Zuge der Verfassungsbeschwerde auf das "Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit" zu berufen³⁷⁷⁾. Zwar dient das Verfahren nach § 90 BVerfGG auch dem Schutz und der verfassungsgerichtlichen Klärung der dem subjektiven Verfassungsrecht zugrundeliegenden objektivrechtlichen Norm³⁷⁸⁾. Entscheidend aber bleibt, daß der Bundesgesetzgeber mit der Institutionalisierung der Verfassungsbeschwerde vornehmlich das Ziel verfolgt, neben dem primär zur Verteidigung objektiven Rechts geschaffenen Normenkontrollverfahren einen Rechtsbehelf zu begründen, der es dem Bürger ermöglicht, durch Anrufung des Bundesverfassungsgerichts seine subjektiven Verfassungsrechte selbst durchzusetzen. Zur Prüfung objektiven Verfassungsrechts kann es im Verfahren nach § 90 BVerfGG also lediglich dann kommen, wenn der Beschwerdeführer zunächst und primär die Verletzung eines subjektivrechtlichen Grundrechtssatzes rügt.

Demgemäß ist der Begriff "Grundrecht" in § 90 BVerfGG wörtlich, also ausschließlich im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts, zu interpretieren.³⁷⁹⁾

Angesichts dessen verdient die Tendenz des Bundesverfassungsgerichts, seine Prüfungszuständigkeit im Verfahren nach § 90 BVerfGG auszudehnen, zwar besondere Aufmerksamkeit; aber selbst bei Billigung derartiger Erweiterungen bleibt, wie

-
- 377) Eben dies zu erreichen wie überhaupt der selbständigen gerichtlichen Durchsetzbarkeit des Art.2 Abs.1 GG einen Riegel vorzuschieben und auf diese Weise einer Abnutzung des Art.2 Abs.1 GG vorzubeugen, ist bei Friedrich KLEIN der bestimmende Gedanke für die Negierung des Grundrechtscharakters (vgl. KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm.III 5 b zu Art.2; s.auch Anm.II zu Art.2).
- 378) Vgl. LECHNER, a.a.O., S.669; SCHMIDT-BLEIBTREU, in MAUNZ-SIGLOCH, Kommentar, Rn 17 zu § 90.
- 379) Daß außer den in § 90 BVerfGG ausdrücklich genannten auch andere Grundrechte Prüfungsmaßstab in der Verfas-

vorweggenommen sei, die Qualifizierung des Art.2 Abs.1 GG als Grundrechtsgewährleistung *conditio sine qua non* für dessen Subsumtion unter § 90 BVerfGG;

Die wohl gravierendste Erweiterung erfuhr das Rechtsinstitut "Verfassungsbeschwerde", als das Bundesverfassungsgericht feststellte, jedermann könne im Verfahren nach § 90 BVerfGG geltend machen, ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Bundesgesetz³⁸⁰⁾ gehöre, weil es formell oder inhaltlich gegen einzelne Verfassungsbestimmungen oder allgemeine Verfassungsgrundsätze verstoße, nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG und greife daher rechtswidrig in die durch Art.2 Abs.1 GG gewährleistete allgemeine Handlungsfreiheit ein³⁸¹⁾. Diese Auslegung eröffnet zwar die Möglichkeit, mit der Verfassungsbeschwerde unter Berufung auf die verfassungsmäßige Ordnung des Art.2 Abs.1 GG Verstöße gegen nicht-subjektives Verfassungsrecht zu rügen. Aber dadurch wird der Weg zur Verfassungsbeschwerde doch nicht schon für denjenigen Beschwerdeführer frei, der sich auf die Behauptung beschränkt, eine Maßnahme der öffentlichen Gewalt verstoße gegen Art.2 Abs.1 GG in seiner Eigenschaft als objektivrechtliche Grundrechtsbestimmung. Denn mit jener Rechtsprechung geht das Bundesverfassungsgericht selbstverständlich nicht davon ab, daß die Entfaltungsfreiheit, in die ein der verfassungsmäßigen Ordnung unter Umständen nicht entsprechendes Gesetz eingegriffen hat, in der Gestalt eines Grundrechts im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts gegeben sein muß.

Genausowenig erlangt der ausschließlich dem objektiven Recht zugeordnete Art.2 Abs.1 GG die Justiziabilität im Sinne des § 90 BVerfGG durch die häufig zutage tretende Bereitschaft des Bundesverfassungsgerichts, bei einer zulässigerweise er-

sungsbeschwerde sein können, befürworten z.B. DÜRIG, a. a.O., Rn 92 (Fn 3) zu Art.1, und SCHMIDT-BLEIBTREU, in MAUNZ-SIGLOCH, Kommentar, Rn 49 zu § 90.

380) Eine solche Einschränkung wird z.B. regelmäßig von Steuergesetzen und von Strafgesetzen ausgelöst werden.

381) So Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16.1.1957

hohenen Verfassungsbeschwerde von Amts wegen zu prüfen, ob der angefochtene Akt mit anderen Verfassungsnormen als Grundrechten übereinstimmt.³⁸²⁾ Zu solchem Tätigwerden kann das Bundesverfassungsgericht lediglich angeregt werden; ein Recht, vom Bundesverfassungsgericht im Zuge einer Verfassungsbeschwerde eine Entscheidung über die Vereinbarkeit eines Hoheitsaktes mit einer Norm des objektiven Verfassungsrechts zu verlangen, ein prozessualer Anspruch, wird auf diese Weise also nicht geschaffen. Eine Rechtsnorm aber, die im konkreten Rechtsstreit zwar relevant ist, aber nur dann als Prüfungsmaßstab herangezogen wird, wenn das Gericht dies für angebracht hält, kann nicht als justiziabel angesehen werden.

Nach alledem ist festzustellen: Bei aller Neigung zur Ausweitung seiner Prüfungszuständigkeit im Verfahren nach § 90 BVerfGG ist das Bundesverfassungsgericht nicht von der *opinio communis* der deutschen Staatsrechtswissenschaft abgewichen, wonach die Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht nur dann zulässig ist, wenn die Verletzung eines Grundrechts im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts behauptet wird. Mit der Negierung seines Grundrechtscharakters verliert das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit seine Justiziabilität im Sinne von § 90 BVerfGG.

5. Art.2 Abs.1 GG im Einflußbereich des Art.18 GG

a) Bei Kennzeichnung des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG als Grundrecht

aa) Wer als Befürworter des Grundrechtscharakters von Art.2 Abs.1 GG diesen Verfassungssatz als die *lex generalis* der

(vgl. die nähere Bezeichnung dieses Urteils oben Fn 6); seitdem ständige Rechtsprechung, vgl.z.B. Urteil vom 10.5.1960 - 1 BvR 190, 363, 401, 409, 471/58 - BVerfGE 11, S.105 ff. (110) = NJW 1960, S.1099 f.

382) Vgl. z.B. Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 17.12.1953 - 1 BvR 147/52 - BVerfGE 3, S.60 ff (136); Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 17.5.1961 - 1 BvR 561, 579/60, 114/61 - BVerfGE 354 ff. (362).

durch Artikel 2 Abs.2 GG und 4 ff. GG garantierten Freiheitsgrundrechte bezeichnet³⁸³⁾, bewirkt zugleich, daß in den Fällen, da eines der in Art.18 GG genannten *leges speciales* zum Kampf gegen die "freiheitliche demokratische Grundordnung" mißbraucht wird, Art.2 Abs.1 GG in den Wirkungsbereich der in Art.18 GG festgelegten Rechtsfolgen hineingezogen wird. Denn es liegt im Wesen des Verhältnisses von *lex generalis* zu *lex specialis*, daß Einflüsse, denen die Spezialnorm ausgesetzt ist, auch die Generalnorm berühren, und zwar in dem Umfang, in dem die Spezialnorm einen Sektor der Generalnorm repräsentiert.³⁸⁴⁾ Hat mithin ein Grundrechtsträger z.B. das Grundrecht der allgemeinen Vereinigungsfreiheit (Art.9 Abs.1 GG) verwirkt, so hat er zugleich - sofern man in Art.9 Abs.1 GG eine Spezialisierung des Art.2 Abs.1 GG und in diesem eine Grundrechtsgewährleistung sieht³⁸⁵⁾ - das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit insoweit verwirkt, als dieses in Art.9 Abs.1 GG seinen spezifizierten Ausdruck gefunden hat.³⁸⁶⁾

383) Vgl. die Literaturangaben und die Hinweise auf Gerichtsentscheidungen oben S. 58 f. mit Fn 221.

384) Der Satz "*lex specialis derogat legi generali*" ist hier nicht relevant. Im Grundrechtsbereich kann seine Sinnhaftigkeit nur dann zum Tragen kommen, wenn die Berufung des Grundrechts *t r ä g e r s* auf ein in die Relation *lex generalis* - *lex specialis* eingebettetes Grundrecht in Rede steht, wenn also ein solches Grundrecht sozusagen im positiven Sinne aktuell wird. Art.18 GG hat aber die Berufung gerade des Staates auf seinen Gegenanspruch gegen den Grundrechtsträger zum Inhalt.

385) Repräsentativ für diese Auffassung ist das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30.4.1952 - 1 BvR 14, 25, 167/52 - BVerfGE 1, S.264 ff. (274).

386) Dieses Ergebnis kann nicht als Widerspruch zu der herkömmlichen Auffassung gedeutet werden, derzufolge die in Art.18 GG erfolgte Aufzählung verwirkbarer Grundrechte als *numerus clausus* aufzufassen sei (so z.B. GEIGER, Kommentar, Erl.6 zu § 13; KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm. III 1 b zu Art.18; WERNICKE, in Bonner Kommentar, Erl.II 1 f zu Art.18); Art.2 Abs.1 GG gerät hier nicht als selbständiges Grundrecht, sondern wegen seiner aus der "*lex-generalis*"-Eigenschaft resultierenden Verkettung mit dem verwirkten Freiheitsrecht in den Einflußbereich von Art.18 GG.

bb) Negiert man indessen jedwede wesensmäßige Abhängigkeit des speziellen Freiheitsgrundrechts von Art.2 Abs.1 GG³⁸⁷⁾, so bleibt dem Grundrechtsträger, der eines der in Art.18 GG genannten Grundrechte verwirkt hat, rechtstheoretisch durchaus die Möglichkeit, aus dem als Komplementärnorm verstandenen Art.2 Abs.1 GG - sozusagen ersatzweise - das Spezialfreiheitsrecht herzuleiten, dessen Inanspruchnahme ihm durch das Verwirkungsurteil des Bundesverfassungsgerichts gerade versagt worden war. Denn wenn Art.2 Abs.1 GG nicht als *lex generalis* der positivierten Spezialfreiheitsrechte, sondern ohne Bindung an diese gesehen wird, kann - jedenfalls bei Billigung der fast einhelligen Lehre, wonach die Aufzählung der verwirkbaren Rechte in Art.18 GG einen *numerus clausus* darstellt³⁸⁸⁾, - Art.2 Abs.1 GG im Falle der Verwirkung eines jener Rechte einerseits nicht in den Einflußbereich des Art.18 GG geraten; auf der anderen Seite sind eben jene Stimmen, die die Konnexität zwischen Art.2 Abs.1 GG und den Artikeln 2 Abs. 2 und 4 ff. GG leugnen, durchaus nicht dagegen, daß der Art.2 Abs.1 GG zu einem subjektiven (Auffang-)Recht, mithin zur potentiellen Basis für eine "ersatzweise Herleitung", erklärt wird.³⁸⁹⁾

Geht man mit der herkömmlichen Auffassung davon aus, daß es sich bei der Aufzählung der Grundrechte in Art.18 GG um eine abschließende Nennung handelt, so wäre nach alledem folgende Schlußfolgerung zu ziehen: Als Grundrecht qualifiziert, kann Art.2 Abs.1 GG nur dann zu einem verwirkbaren Recht werden, wenn man die in Art.18 GG genannten Freiheitsgrundrechte als *leges speciales* zu Art.2 Abs.1 GG auffaßt.

387) Vgl. den entsprechenden Nachweis oben S.56 ff.

388) Vgl. die Literaturhinweise oben in Fn 386.

389) Vgl. HAMEL, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S.36; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.12.1953 - BVerwG I C 90.53 - BVerwGE 1, S.48 ff. (51) (vgl. aber auch dessen Urteil vom 10.7.1958 - BVerwG I C 177.54 - BVerwGE 8, S.14 ff. (15)); Gutachten des Bundesgerichtshofes vom 28.4.1952 - VRG 3/52 - BGHSt 4, S.385 ff. (390) = DVBl 1953, S.471.

cc) Die Charakterisierung der Entfaltungsfreiheit als Auf-
fang-Grundrecht und die gleichzeitige Befürwortung der ab-
soluten Stellung des Art.2 Abs.1 GG im Verhältnis zu den Ein-
zelfreiheitsrechten brauchen allerdings dann nicht zu der
Möglichkeit jener vorstehend unter bb) angedeuteten "Ersatz-
beschaffung" zu führen, wenn man entgegen der bisherigen Leh-
re den Art.18 GG so auslegt, daß Art.2 Abs.1 GG gleich mit
in den Kreis der verwirkbaren Rechte einbezogen wird. Einer
derartigen Auslegung des Art.18 GG sucht neuestens DÜRIG³⁹⁰⁾
zum Durchbruch zu verhelfen. DÜRIG geht davon aus, daß jedes
im Grundgesetz verankerte Grundrecht als Element eines Wert-
und Anspruchssystems, nicht aber isoliert zu betrachten ist.
Aus diesem Grunde wirke jedes in Art.18 GG ausdrücklich ge-
nannte Grundrecht im Falle seiner Aberkennung lebensmäßig und
rechtslogisch auf andere Grundrechte ein - gleichviel, ob das
so betroffene Grundrecht in Art.18 GG genannt sei oder nicht.
391) Werde ein in Art.18 GG genanntes Grundrecht verwirkt, so
müsse die dadurch ausgelöste Verkürzung des Grundrechtsschut-
zes, nämlich die Entpolitisierung des Bürgers, nicht dessen
Entbürgerlichung schlechthin³⁹²⁾, auch zu Lasten jener von
Art.18 GG nicht genannten Grundrechte Platz greifen, die mit
dem verwirkten Grundrecht gleichsam in Idealkonkurrenz stün-
den. Eine solche "Idealkonkurrenz" müsse als notwendige Folge
bei nahezu jedem der in Art.18 GG ausdrücklich vorgesehenen
Verwirkungsfälle gesehen werden.³⁹³⁾

Nach den Vorschlägen DÜRIGS ist Art.18 GG mithin so zu lesen,
als könne dieser einerseits zwar sämtliche Freiheitsgrundrech-
te erfassen, als vermöge er andererseits aber die Wirkungs-
kraft der Grundrechte lediglich aus den politischen Dimensionen
herauszudrängen.³⁹⁴⁾

390) DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 21 - 30 zu Art.18.

391) DÜRIG, a.a.O., Rn 29 zu Art.18

392) Die Auffassung, daß Art.18 GG in der Regel nur Teilver-
wirkungen auslösen werde, setzt sich mehr und mehr durch.
Vgl. COPIĆ, Berufsverbot und Pressefreiheit, in JZ 1963,
S.494 ff. (498); DÜRIG, a.a.O., Rn 11 zu Art.18; KLEIN,
a.a.O., Anm.III 3 vor a zu Art.18; RIDDER, Meinungsfrei-
heit, in Grundrechte, Bd.II, S.290 (mit Fn 160).

Indem DÜRIG nachzuweisen versucht, daß ein in Art.18 GG ausdrücklich für verwirkbar erklärtes Grundrecht, soll die Entpolitisierung eines "Störers" der freiheitlichen demokratischen Grundordnung erfolgreich sein, im Zusammenhang mit anderen Freiheitsrechten des Grundrechtskatalogs gesehen werden muß, weist er dem Bundesverfassungsgericht einen Weg, wie Art. 2 Abs.1 GG auch dann in das Verwirkungsurteil einbezogen werden könnte, wenn das Gericht einmal auf die Theorie von der grundsätzlichen Unabhängigkeit des Art.2 Abs.1 GG von den Artikeln 2 Abs.2 und 4 ff. GG³⁹³⁾ zurückgreifen sollte. Bejaht man nämlich die extensive Interpretation, die DÜRIG dem Art. 18 GG zuteil werden läßt, so kommt man, sofern Art.2 Abs.1 GG überhaupt als Grundrechtsgewährleistung qualifiziert wird, gar nicht darum herum, das Verhältnis des jeweils verwirkten Freiheitsgrundrechts zu Art.2 Abs.1 GG geradezu als Prototyp der DÜRIGschen "Idealkonkurrenz" zu sehen³⁹⁶⁾; die Aberkennung eines Einzelfreiheitsrechts wirkt eben lebensmäßig und rechtologisch auf das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ein. - Nur braucht man, um zu verhindern, daß ein gerade verwirktes Einzelfreiheitsrecht ersatzweise aus Art.2 Abs.1 GG hergeleitet wird, nur dann auf die DÜRIGsche Interpretation zurückzugreifen, wenn man nicht schon z.B. auf Grund der lex generalis - lex specialis - These, also unabhängig von der zu Art.18 GG entwickelten Interpretation, den inneren Zusammenhang zwischen Art.2 Abs.1 GG und den positivierten Einzelfreiheitsrechten sieht.³⁹⁷⁾

393) DÜRIG, a.a.O., Rn 26 zu Art.18.

394) DÜRIG, a.a.O., Rn 25 zu Art.18.

395) Vgl. oben S. 56 ff.

396) Dabei kann - entsprechend dem oben S.109 Ausgeführten - selbstverständlich nie das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit schlechthin betroffen sein, sondern nur derjenige Sektor, den das in Art.18 GG genannte verwirkte Grundrecht repräsentiert.

397) Und bei dem geringen Anklang, den die These, es bestehe keine Bindung der Einzelfreiheitsrechte an Art.2 Abs.1 GG, gefunden hat, erscheint es fraglich, ob man sich zwecks Einbeziehung des Art.2 Abs.1 GG in Art.18 GG dieser DÜRIGschen Brücke jemals wird bedienen müssen.

- b) Bei ausschließlicher Zuordnung des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG zum objektiven Recht

Erkennt man nach der vorstehend unter a) vorgetragenen Auffassung an, daß Art.2 Abs.1 GG in den Wirkungsbereich des Art.18 GG geraten kann, so ist weiter zu fragen, ob dieses Ergebnis auch bei Verneinung der Grundrechtsqualität des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit Bestand hat. Die damit aufgeworfene Frage nach dem Wirkungsgrad eines im Verfahren nach Art.18 GG ergehenden Urteils hat im Schrifttum und in der Rechtsprechung bislang keine einheitliche Antwort gefunden³⁹⁸⁾.

aa) Daß ein ausschließlich dem objektiven Recht zugeordneter Grundrechtssatz, namentlich eine Auslegungsregel, in den Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung eingespannt, also mißbraucht und daher für verwirkbar erklärt wird, ist zwar durchaus denkbar.³⁹⁹⁾ Aber direkt und selbständig einem so militanten Zweck wie dem Kampf gegen eine staatliche Grundordnung zu dienen, ist eine solche Norm nicht geeignet. Die eigentliche Schlagkraft wird in diesem Kampf stets von der subjektiven Berechtigung des einzelnen ausgehen, sei es, daß diese dem Kämpfenden in Form eines Grundrechts allein oder eines auf der Basis des Grundrechts erwirkten gerichtlichen Titels oder Verwaltungsaktes zur Verfügung steht. Diese Tatsache dürfte dazu beigetragen haben, daß die herrschende Lehre keinen Anlaß gesehen hat, Vorschläge und Wege zur Ver-

398) Vgl. dazu aus neuerer Zeit: JÄCKEL, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, S.95 ff.; SIGLOCH, Zur Bedeutung des Art.18 GG für das einfache Recht, in MDR 1964, S.881.

399) In Betracht zu ziehen ist z.B. folgendes: Wie unten S.117 ff. näher ausgeführt wird, ist die im Art.2 Abs.1 GG enthaltene (objektivrechtliche) Grundrechtsbestimmung in Verbindung mit Art.1 GG Grundlage für das sogenannte Allgemeine Persönlichkeitsrecht. Hierzu gehört u.a. das subjektive *p r i v a t e* Recht auf Achtung des Privatlebens (vgl. auch NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.831 f., 849). Die auf diese Weise gesicherte Möglichkeit zur "Abkapselung" kann dem Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne von Art.18 GG dienstbar gemacht werden.

wirkbarkeit auch objektivrechtlicher Grundrechtssätze aufzuweisen. Kennzeichnend für die herrschende Lehre⁴⁰⁰⁾ ist auch heute noch die von DÜRIG⁴⁰¹⁾ geprägte Formulierung, wonach "die Stoßrichtung des Art.18 GG ... gegen den öffentlichen Rechtsschutzstatus des Antraggegners" gerichtet ist. Zu einer Verwirkung des Grundrechts in seiner Substanz kann es danach nicht kommen, weil diese Substanz ein der Verfassung vorgegebener, also von ihr nicht konstituierter Wert sei⁴⁰²⁾. Das durch Art.18 GG beauftragte Bundesverfassungsgericht könne den in dieser Verfassungsschutzbestimmung genannten Grundrechten also nur das nehmen, was der Verfassungsgeber mit rechtsbegründender Wirkung geschaffen habe, nämlich ihre Durchsetzbarkeit.⁴⁰³⁾ Nach dieser Auffassung enthält Art.18 GG also nicht mehr als einen latenten Gegenanspruch des Staates gegen den Inhaber von Grundrechten im Sinne s u b j e k t i v - öffentlicher Rechte. Jene Durchsetzbarkeit oder, wie WINTRICH⁴⁰⁴⁾ gesagt hat, die dem Grundrechtsträger verliehene Macht, "die staatlich monopolisierte Zwangsgarantie selbst auszulösen", wird dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aber nur durch die Anerkennung seines Grundrechtscharakters zuteil. Negiert man ihn, so ist nach der herrschenden Lehre der Gedanke an eine Verwirkung des Rechts auf freie Entfal-

400) Wortführer sind: DÜRIG, Die Verwirkung von Grundrechten nach Art.18 des Grundgesetzes, in JZ 1952, S.513 ff.; GEIGER, Kommentar, Vorbem.4 vor § 36; Herbert KRÜGER, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, in DVBl 1953, S.97 ff. (100); MAUNZ, Deutsches Staatsrecht, 16.Aufl. (1968), S.125. Gegen die herrschende Lehre JÄCKEL, a.a.O., S.95 ff.; KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm. III 2 a, b zu Art.18.

401) DÜRIG, a.a.O., S.517.

402) GEIGER, a.a.O.: "Nicht das Recht in seiner Substanz, sondern die verfassungsrechtliche Garantie des Rechts wird verwirkt."

403) Das Wort "Durchsetzbarkeit" wird von Vertretern der herrschenden Lehre bisweilen durch den im Verfassungsrecht noch nicht gefestigten Ausdruck "Ausübbarkeit" ersetzt; vgl. zu dieser Terminologie WERTENBRUCH, Grundgesetz und Menschenwürde, S.76.

404) WINTRICH, Zur Auslegung und Anwendung des Art.2 Abs.1 GG, in Apelt-Festschrift, S.1 ff. (8).

tung der Persönlichkeit also von vornherein ausgeschlossen.

bb) In die Gegenrichtung weist eine Minderheit von Autoren⁴⁰⁵⁾, nach deren Auffassung das Verwirkungsurteil im Sinne von Art. 18 GG nicht nur den öffentlichen Rechtsschutzstatus des Antraggegners erfaßt, sondern auf die gesamte durch die jeweilige Grundrechtsgewährleistung bezeichnete Rechtsposition des einzelnen durchschlägt. Wer ein Grundrecht verwirkt, geht also nach dieser Auffassung seiner gesamten individuellen Rechtsposition verlustig, die in dem betroffenen Grundrecht ihren Ausdruck findet. Im Lichte der damit behaupteten "Vollverwirkung" verliert folglich, soweit eine Grundrechtsposition des Individuums auf dem Spiele steht, die Alternativfrage ihren Sinn, ob der Grundrechtsartikel als subjektivrechtlicher oder als objektivrechtlicher Verfassungssatz als verwirkbar gedacht werden kann. Wer entsprechend den Ausführungen auf Seite 109 den Art. 18 GG auf Art. 2 Abs. 1 GG anzuwenden bereit ist und durch das Verwirkungsurteil eine individuelle Grundrechtsposition in ihrer Gesamtheit suspendiert sieht, kann die hier gestellte Frage nur wie folgt beantworten: Auch bei Verneinung seines subjektiv-öffentlichen Charakters ist das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit als verwirkbar anzusehen; wird Art. 2 Abs. 1 GG im konkreten Einzelfall von einem Verwirkungsurteil erfaßt, so verliert dieser Verfassungssatz für den Antragsgegner auch als (objektivrechtlicher) Freiheitsrechtsleitsatz jede Geltungskraft.

Diese Antwort läßt sich jedoch nicht mit der oben⁴⁰⁶⁾ befürworteten Wertsystemlehre DÜRIGscher Prägung in Einklang bringen. Jedenfalls haben diejenigen Autoren, die in Art. 18 GG die Grundlage einer Vollverwirkung sehen, bisher nicht die Tatsache zu widerlegen vermocht, daß die Gegenmeinung, derzufolge Art. 18 GG lediglich die Durchsetzbarkeit von Grundrecht-

405) JÄCKEL, a.a.O., S. 95 ff.; KLEIN, a.a.O., Anm. III 2 a, b zu Art. 18; wohl auch WERNICKE, in Bonner Kommentar, Ziff. II 2 d zu Art. 18.

406) S. 81 f.

ten eliminiert, nur eine strikte Weiterführung der Menschenwürdegarantie des Art.1 GG ist. Eine solche Widerlegung dürfte auch in Zukunft nicht gelingen. Da nämlich, wie MÜNCH⁴⁰⁷⁾ in großer Deutlichkeit gesagt hat, "die entschiedene Sprache und der ausgesprochen juristische Charakter des Grundgesetzes überhaupt" einer Verdrängung der Menschenwürdegarantie "aus dem Gebiet des praktischen Rechts" entgegenstehen, trifft denjenigen, der an der Rechtswirksamkeit dieser Garantie Abstriche zu machen gedenkt, die "Beweislast". Sie zu tragen und somit die These von der totalen Verwirkbarkeit einer individuellen Grundrechtsposition zu festigen, ist den Interpreten des Art.18 GG bislang nicht gelungen. So stößt das Bemühen, durch eine Wortinterpretation des Begriffs "Grundrecht" im Sinne des Art.18 GG die "Vollverwirkung" zu begründen,⁴⁰⁸⁾ auf den Einwand, daß es gerade die "Einbettung der Grundrechte in das gesamte Wertsystem"⁴⁰⁹⁾ ist, die einer weiten Auslegung des in Art.18 GG verankerten Staatsschutzgedankens Grenzen setzt, - ganz abgesehen von der noch sehr zweifelhaften Frage, inwieweit die Wortinterpretation gerade im Verfassungsrecht bündige Leitlinie sein kann⁴¹⁰⁾.

In neuerer Zeit hat Hartmut JÄCKEL⁴¹¹⁾ die Meinung, im Verfahren nach Art.18 GG verwirke der Antraggegner auch die objektivrechtliche Grundlage seines Grundrechts, mit der Notwendigkeit zu rechtfertigen versucht, den Art.18 GG in fugenlosem Zusammenhang mit Art.19 Abs.2 GG auszulegen: Nach seiner Auffassung schützt Art.19 Abs.2 GG nur den Bestand des Grundrechts als objektiver Rechtseinrichtung, also nicht die Grundrechtsposition des Individuums; und diese Schutzfunktion erhalte angesichts der von Art.18 GG ausgehenden Vollverwirkung ihre eigentliche selbständige Bedeutung. Denn es ist, wie JÄCKEL

⁴⁰⁷⁾ Fritz MÜNCH, Menschenwürde, S.3.

⁴⁰⁸⁾ JÄCKEL, a.a.O., S.100 ff.

⁴⁰⁹⁾ KLEIN, a.a.O., Vorbem. XIV 2.

⁴¹⁰⁾ Vgl. EHMKE, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in VVdSt Heft 20 (1963), S.53 ff.; Hans SCHNEIDER, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in VVdSt Heft 20 (1963), S.1 ff. (31 f., 34, 39 f., 45 ff.); Hans HUBER

nachweist, denkbar, daß die durch Art.18 GG legitimierte Aufhebung der individuellen Grundrechtsposition sich zu einem Angriff auf den verfassungsmäßigen Bestand des Grundrechts schlechthin verkehrt. Hier Einhaltung und Abwehr zu bieten, sei die eigenständige Aufgabe des Art.19 Abs.2 GG. - So sehr diese Darlegungen eine ausgewogene Lösung für das vielfach als spannungsreich⁴¹²⁾ empfundene Verhältnis von Art.18 zu Art.19 Abs.2 GG bieten, so wenig können sie indessen die herrschende Lehre ins Wanken bringen, wonach das Verfahren nach Art.18 GG nur die Durchsetzbarkeit eines Grundrechts, d.h. seinen subjektiv-öffentlichen Charakter, berührt. Denn nicht die Tatsache, daß der weit ausgelegte Art.18 GG einer anderen Norm (dem Art.19 Abs.2 GG) eine eigenständige Funktion verleiht, sondern jene vom "Wertsystem" erzwungene Verkettung von Art.18 GG mit Art.1 GG muß die Tragweite einer Grundrechtsverwirkung bestimmen.

6. Auswirkungen auf die Institutionalisierung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Die Kodifizierung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und besonders dessen in Praxis und Theorie überwiegende Kennzeichnung als Grundrecht sind vielfach⁴¹³⁾ als der ausschlaggebende Impuls für die endgültige⁴¹⁴⁾ Anerkennung

und LEIBHOLZ, Diskussionsbeiträge zu den vorgenannten Berichten von EHMKE und SCHNEIDER, in VVdSt Heft 20 (1963), S.116 ff.; s.auch oben S. 80 ff.

411) JÄCKEL, a.a.O., S.108 ff.

412) s.hierzu KLEIN, a.a.O., Anm. III 2 b, letzter Absatz (KLEIN sieht in Art.18 GG die lex specialis zu Art.19 Abs.2 GG; zu einem Spannungsverhältnis zwischen beiden Normen kommt es bei dieser Auslegung also nicht.); LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.246 f.

413) Vgl. z.B. NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.828, 830 f.

414) Unter Hinweis auf die Existenz zahlreicher einzelner Persönlichkeitsschutzbestimmungen trat, noch bevor das Grundgesetz mit seinen Artikeln 2 Abs.1 und 1 Abs.1 die Diskussion neu entfacht hatte, bereits eine Mindermeinung für das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ein (vgl. z.B. KOHLER, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, (1906/1919) Bd.II, §§ 190 - 193; Otto VON GIERKE, Deutsches

eines Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gepriesen worden, mithin als die Anerkennung eines Gesamtbegriffs, der dem objektiven Gebot, jeden Menschen in seiner Persönlichkeit zu achten, für das Gebiet des Privatrechts Verbindlichkeit verleiht. Entgegen dem ersten Anschein darf die in diesem Zusammenhang auffallende Hervorhebung des weitgehend anerkannten Grundrechtscharakters des Art.2 Abs.1 GG jedoch nicht so verstanden werden, als sei gerade die Erhebung des Art.2 Abs.1 GG in den Rang eines Grundrechts unabdingbare Voraussetzung für den Weg zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Vielmehr beruht die Anerkennung dieses Rechtsinstituts zunächst nur auf der Erkenntnis, daß die Grundgesetz-Artikel 2 Abs.1 und 1 Abs.1 angesichts ihrer grundlegenden Aussagen über den Wert der Persönlichkeit "konstitutive Macht"⁴¹⁵⁾ für alle Rechtsbereiche, also auch für den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz, haben. Die Auseinandersetzung um die Frage, ob dem Art.2 Abs.1 GG außer seiner objektivrechtlichen Bedeutung auch die Funktion einer Grundrechtsgewährleistung zukomme, hat demgegenüber keinen Einfluß auf die Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Denn unabhängig davon, ob man zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht vermittelt der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung⁴¹⁶⁾ der Art.2 Abs.1 und Art.1 Abs.1 GG gelangt und hierin ein "sonstiges Recht" im Sinne von

Privatrecht, Bd.I, S.703. Weitere Literaturhinweise bei NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.830, Fußnote 400).

415) LEISNER, Grundrechte und Privatrecht, S.306.

416) Unterstützung wird der These von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, also von der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte für den Rechtsverkehr der Grundrechtshaber untereinander, fast nur durch die Privatrechtswissenschaft zuteil; die Verfassungsrechtler wollen dem im objektiven Verfassungsrecht wurzelnden Ordnungsauftrag in wesentlich vorsichtigerer Form nachkommen. Exponent der ersten Gruppe ist namentlich NIPPERDEY (ENNECCERUS-NIPPERDEY (15. Aufl.1959), § 15 II 4, da selbst auch weitere Literaturhinweise; s.auch NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.747 mit Fußnote 26; die zweite, in sich erheblich abgestufte Gruppe wird von DÜRIG angeführt (DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 57 zu Art.2 Abs.1); siehe auch die Hinweise auf das Schrifttum oben, Fn 35.

§ 823 I BGB sieht⁴¹⁷⁾, oder ob man für eine nur mittelbare Grundrechtsverwirklichung im Privatrecht eintritt⁴¹⁸⁾ und die wertausfüllungsbedürftigen Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts als die Einbruchstellen des grundgesetzlichen Persönlichkeitsschutzes im Privatrecht betrachtet⁴¹⁹⁾, - die Basis für das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als Inbegriff zahlloser subjektiver Privatrechte ist stets die objektivrechtliche Komponente des Grundrechtssatzes. - Damit ist die Bedeutung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als einer Rechtsfigur festgelegt, die als subsidiärer Rechtsbehelf überall dort aktuell wird, wo die durch den Grundrechtskatalog errichtete objektive Wertordnung noch nicht durch subjektive Privatrechte verwirklicht worden ist.⁴²⁰⁾

Die Art und Weise freilich, in der diesem aus dem objektiven Verfassungsrecht resultierenden Ordnungsauftrag im Privatrecht nachzukommen ist, vermag das Verfassungsrecht nicht abschließend festzulegen.⁴²¹⁾ Unter verfassungsrechtlichen

417) So namentlich NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.833, sowie der Bundesgerichtshof im Urteil vom 2.4.1957 - VI ZR 9/56 - BGHZ 24, S.72.

418) So z.B. BOSCH-HABSCHEID, Nochmals: Vertragspflicht und Gewissenskonflikt, in JZ 1956, S.297 ff. (300); DÜRIG, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in Festschrift für Nawiasky, S.176 ff., sowie in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 127 ff. zu Art.1 Abs.1 und Rn 57 zu Art.2 Abs.1; Konrad HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2.Aufl. (1968), S.168 ff.; REIMERS, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, S.16; Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958, - 1 BvR 400/57 - BVerfGE 7, S.198 ff. (206) = NJW 1958, S.257 ff. = JZ 1958, S.119 ff.

419) So namentlich DÜRIG, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in Festschrift für Nawiasky, S.180; derselbe in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 127 (mit Fn 2) zu Art.1; Konrad HESSE, a.a.O., S.140 f. (mit der beachtlichen Einschränkung, daß die Grundrechtswirkung jeweils dann zurücktreten soll, wenn das Privatrecht mehr Freiheit läßt als die Grundrechte).

420) In diesem Sinne namentlich DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 38 zu Art.1; KLEIN in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm. III 7 zu Art.2.

421) Vgl. hierzu z.B. DÜRIG, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in Festschrift für Nawiasky, S.181.

Gesichtspunkten jedenfalls wird man den in Art.2 Abs.1 und Art.1 Abs.1 GG festgelegten und über Art.1 Abs.3 GG bindenden Wertentscheidungen sogar auch dann gerecht, wenn man, statt mit der herrschenden Lehre das Allgemeine Persönlichkeitsrecht anzuerkennen, beispielsweise das Bündel der "sonstigen Rechte" des § 823 BGB um einige Persönlichkeitsrechte erweitert.⁴²²⁾

Unmittelbare Auswirkungen auf die Diskussion um das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gehen von der Verneinung des Grundrechtscharakters des Art.2 Abs.1 GG allerdings dann aus, wenn in dem Begriff "Allgemeines Persönlichkeitsrecht" mehr gesehen wird als eine Generalklausel, durch die die grundsätzliche Wertvorstellung von der Persönlichkeit in der P r i v a t - rechtsordnung realisiert wird. Unterstützt vom Bundesgerichtshof⁴²³⁾, erfaßt namentlich NIPPERDEY⁴²⁴⁾ mit diesem Begriff

422) Dazu neigt DÜRIG, ebenda, S.181, Fn 54.

Angesichts der Schwierigkeiten, die die Durchführung des Persönlichkeitsschutzes im deutschen Privatrecht bereitet (vgl. hierzu etwa LARENZ, Das "Allgemeine Persönlichkeitsrecht" im Recht der unerlaubten Handlungen, in NJW 1955, S.521, aber auch LARENZ, Schuldrecht, Bd.II, 5.Aufl., S.363 ff.), sind die Lösungsvorschläge überhaupt sehr vielgestaltig. DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 16 zu Art.1, hat beispielsweise auch vorgeschlagen, aus Art.1 Abs.1 und Art.2 Abs.1 GG eine privatrechtliche Generalklausel "Menschenwürde" herzuleiten. Neuestens versucht Jörg Paul MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, S.43 und S.65, Fußnote 6, den von Art.1 Abs.1 und Art.2 Abs.1 GG geforderten Persönlichkeitsschutz auf dem Wege über § 823 Abs.2 BGB in das Privatrecht einzuführen.

An den zahlreichen Beispielen, die SCHWENK, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, in NJW 1968, S.822 ff., anführt, wird sichtbar, daß sich die für das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gegebenen Begründungen mehr und mehr von einer ausdrücklichen Bezugnahme auf § 823 BGB lösen; die Eigenständigkeit des Rechtsinstituts "Allgemeines Persönlichkeitsrecht" ist heute unverkennbar.

423) Vgl. Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25.5.1954 - I ZR 211/53 - BGHZ 13, S.334 ff. (338) = NJW 1954, S.1404/05 = JZ 1954, S.698 ff. (699) = BB 1954, S.727 = Der Betrieb 1954, S.716.

424) NIPPERDEY, Menschenwürde, S.1 ff., insbesondere S.4, 15, 40 ff.

nicht nur die subjektiven Persönlichkeitsrechte des privatrechtlichen Bereichs; für ihn ist das Allgemeine Persönlichkeitsrecht zugleich Inbegriff der subjektiv-öffentlichen Persönlichkeitsrechte und damit Grundrecht im Sinne der Verfassung. NIPPERDEY geht also über die herkömmliche rechtsdogmatische Unterscheidung zwischen (subjektiven) Rechten des Privatrechts und (subjektiv-)öffentlichen Rechten hinweg und betrachtet das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als einheitliche, die gesamte Rechtsordnung durchdringende Generalklausel.

Demgemäß wirken nach der Systematik NIPPERDEYS die Einzelausprägungen, die das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in den Artikeln 2 Abs.2 und 4 ff. GG gefunden haben, auf dem Wege über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in das Privatrecht hinein; und umgekehrt werden den bestehenden privatrechtlichen Einzelausprägungen des Persönlichkeitsschutzes (z.B. Namensrecht, Urheberrecht) die verfassungsrechtlichen Fundamentalnormen der Artikel 2 Abs.1 und 1 Abs.1 GG als unmittelbare Grundlagen zugeordnet; auf diese Weise werden die Einzelausprägungen des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes zu Komponenten des im hoheitlichen Bereich, d.h. als Grundrecht, wirkenden Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁴²⁵⁾

Legt man in Übereinstimmung mit NIPPERDEY jene weite Umschreibung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zugrunde, dann allerdings wird dessen Anerkennung bei Verneinung des Grundrechtscharakters von Art.2 Abs.1 GG unmöglich. Denn die Existenz eines Allgemeinen Persönlichkeitsrechts im hoheitlichen Bereich, mithin dessen Funktion als Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts, ist gebunden an den Grundrechtscharakter des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit.⁴²⁶⁾⁴²⁷⁾

425) Vgl. NIPPERDEY, a.a.O., S.15 und 40 ff.

426) So z.B. KLEIN, in VON MANGOLDT+KLEIN, Kommentar, Anm. III 7 zu Art.2.

427) Mit seiner extensiven Bestimmung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts kommt NIPPERDEY im Ergebnis zu demselben umfassenden Rechtsschutz der Persönlichkeit wie diejenigen Autoren, die zwar wie NIPPERDEY den Art.2

B Kritik an der Verneinung der Grundrechtsqualität des
Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit anhand
der ermittelten Auswirkungen

Die bisherigen Untersuchungen haben zu folgenden Ergebnissen geführt.

Die Verneinung des Grundrechtscharakters von Art.2 Abs.1 GG wirkt sich nicht auf dessen Subsumierbarkeit unter Art.1 Abs. 3 und Art.19 Abs.2 GG aus. Ferner ist die Qualifizierung des Art.2 Abs.1 GG als Grundrecht nicht Voraussetzung für seine Justiziabilität in den Normenkontrollverfahren der §§ 76 ff. BVerfGG (abstrakte Normenkontrolle) und der §§ 80 ff. BVerfGG (konkrete Normenkontrolle). Unbeeinflusst von dem Streit um die rechtliche Qualifizierung des Art.2 Abs.1 GG bleibt auch die Anerkennung des privatrechtlichen Rechtsinstituts "Allgemeines Persönlichkeitsrecht". Für das Verhältnis von Art.2 Abs.1 GG zu Art.18 GG hat sich schließlich folgendes ergeben: Wird dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit die Eigenschaft als Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts abgesprochen, so wird damit Art.2 Abs.1 GG selbst bei extensiver Auslegung des Art.18 GG aus dessen Wirkungsbereich herausgenommen. Durch die ausschließliche Zuordnung des Art.2 Abs.1 GG zum objektiven Recht verliert diese Norm aber im Hinblick auf einen potentiellen "Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung" im Sinne von Art.18 GG ohnehin erheblich an "Gefährlichkeit"; dementspre-

Abs.1 GG als Grundrechtsgewährleistung, nämlich als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit, erachten, den Begriff des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts jedoch ausschließlich im privatrechtlichen Bereich beheimaten (so z.B. DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 33 zu Art. 1; daselbst weitere Literaturhinweise). Die Grundrechte, die bei NIPPERDEY als Komponenten des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts im hoheitlichen Bereich erscheinen, werden von der erwähnten Autorengruppe direkt aus dem als Auffang-Grundrecht verstandenen Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit hergeleitet. Es handelt sich hier also lediglich um eine Unterschiedlichkeit in der rechtsdogmatischen Begründung.

chend schwindet auch die Notwendigkeit zur Einbeziehung der Entfaltungsfreiheit in den Kreis der nach Art.18 GG verwirkbarten Rechtspositionen.

Demgegenüber steht und fällt mit der Erhebung des Art.2 Abs.1 GG zum Grundrecht die Möglichkeit, die sogenannten Innominatrechte zu bilden. Schließlich scheitert an der Verneinung der Grundrechtseigenschaft des Art.2 Abs.1 GG dessen Justiziabilität im Sinne des Art.19 Abs.4 GG sowie der §§ 90 BVerfGG (Verfassungsbeschwerde) und 40 VwGO.

Es stellt sich nunmehr die Frage, ob die im vorstehenden Absatz genannten Auswirkungen der Grundrechtsverneinung in Kauf genommen werden können, ob also trotz jener Auswirkungen an der Auffassung festgehalten werden kann, Art.2 Abs.1 GG gewähre kein Grundrecht.

I. Vorbemerkung: Der Zusammenhang zwischen der Entscheidung für die Ableitung der Innominatrechte und der Entscheidung für die Justiziabilität des Art.2 Abs.1 GG

Auf der bloßen Tatsache, daß mit der Negierung der Grundrechtsqualität des Art.2 Abs.1 GG die Möglichkeit zur Entwicklung der lückenfüllenden Innominatrechte sowie die Subsumierbarkeit des Art.2 Abs.1 GG unter die Rechtsweggarantien des Art.19 Abs.4 GG und der §§ 90 BVerfGG und 40 VwGO entfallen, läßt sich eine Gegnerschaft gegen die Grundrechtsverneinung nicht aufbauen. Zur Abkehr von der These, Art.2 Abs.1 GG sei ausschließlich als Norm des objektiven Verfassungsrechts zu verstehen, ist vielmehr erst dann zu raten, wenn sich die Ausfüllung der im Grundrechtskatalog vorhandenen Lücken als unumgänglich erwiesen hat, wenn sich ferner außerhalb von Art. 2 Abs.1 GG keine Wege für diese Lückenfüllung erschließen lassen, und wenn sodann diese Lückenschließung nur auf dem Wege über die Subjektivierung des Art.2 Abs.1 GG herbeigeführt werden kann. Endlich muß, damit die Erhebung des Art.2 Abs. 1 GG in den Rang eines Grundrechts durchgesetzt werden kann,

der Versuch gelingen, die in der Literatur gegen eine solche Qualifizierung vorgebrachten Bedenken auszuräumen oder doch wenigstens abzuschwächen.

Sofern sich in diesem Prüfungsprozeß die Notwendigkeit zur Subjektivierung des Art.2 Abs.1 GG ergibt, stellt sich ipso iure dessen Subsumierbarkeit unter die Rechtsweggeneralklauseln des Art.19 Abs.4 GG und des § 40 VwGO sowie seine Anwendbarkeit als Prüfungsmaßstab in der Verfassungsbeschwerde (§ 90 BVerfGG) ein. Denn, wie oben S.102ff. dargestellt, vermögen diese Rechtsweggarantien ihre Wirkungskraft zugunsten des Art.2 Abs.1 GG erst dann zu entfalten, wenn das Individuum die Verletzung des Rechts auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit als eines subjektiven (öffentlichen) Rechts behaupten kann.

II. Die Unentbehrlichkeit des als Grundrecht qualifizierten Art.2 Abs.1 GG für die Ergänzung des Grundrechtskatalogs

Wie im Zusammenhang mit der Wertsystem-Lehre ausgeführt worden ist,⁴²⁸⁾ muß dem Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG, da es sich hier um eine Wertverdeutlichung der in Art.1 Abs.1 GG garantierten unteilbaren Menschenwürde handelt, das bedingungslose Postulat nach rechtsfortbildender Ergänzung des Katalogs der positivierten Grundrechte entnommen werden. Daß Art.2 Abs.1 GG selbst als Grundlage für diese Rechtsfortbildung, mithin als Auffangnorm erhalten müsse und sich schon von daher die Notwendigkeit ergebe, ihn in den Rang eines Grundrechts zu erheben, steht damit noch nicht fest. Zwar bietet sich Art.2 Abs.1 GG angesichts seiner generalklauselartigen Weite geradezu verlockend zur Übernahme dieser Funktion an; aber es darf andererseits doch nicht aus dem Auge gelassen werden, wie sehr das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit

428) Siehe oben S. 79 ff.

davon bedroht ist, durch Anwendung auf Fälle, in denen keine echte Gefährdung der Persönlichkeit vorliegt, "verschlissen" zu werden.⁴²⁹⁾

1. Die Frage nach Alternativen zu Art.2 Abs.1 GG als Grundlage für die Schließung der Wertschutzlücken

a) Grenzen einer extensiven Interpretation der ausdrücklich gewährleisteten Einzelgrundrechte

Die soeben genannte Gefahr ist es vor allem, die das Bemühen, jene Lücken des Grundrechtskatalogs durch weite Auslegung der

429) Die bei KLEIN, a.a.O., Anm. II 2 zu Art.2, zusammengestellten Beispiele für extreme Strapazierung des Art.2 Abs.1 GG sind als Warnung nach wie vor berechtigt. Zur Strapazierung des Art.2 Abs.1 GG s.auch DÜRIG, a.a.O., Rn 16 (unter dd) zu Art.1; EHMKE, Wirtschaft und Verfassung, S.14 ff., S.56 ff.; Jörg Paul MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitschutz des Privatrechts, S.52; RAISER, Vertragsfreiheit heute, in JZ 1958, S.1 ff. (1,4).

Der Versuch NIPPERDEYS, auf der Grundlage des Art.2 Abs. 1 GG eine Reihe von Grundrechten des Wirtschaftslebens entstehen zu lassen (vgl. oben S.22f), wird selbst von solchen Autoren, die in Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG die "allgemeine Handlungsfreiheit" garantiert sehen, als übermäßige Beanspruchung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit erachtet; vgl. z.B. RÜFNER, Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte, in Der Staat, Heft 7 (1968), S.41 ff. (43 f.). Entsprechende Bedenken dürften auch gegenüber gewissen Einzelausprägungen jenes Allgemeinen Persönlichkeitsrechts angebracht sein; das gilt z.B. für die Feststellung, ein arbeitsvertraglich vereinbartes Rauchverbot bedeute eine (im allgemeinen zulässige) Beschränkung des Arbeitnehmers "in der Ausübung des Rechts auf die Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art.2 GG)" (so SCHWENK, a.a.O., S.822 ff. (825)). - Bedenklich auch das Urteil des VG Frankfurt vom 1.3.1966 - VI/2 - 750/65 - in DVBl 1966, S.383 f.; hier wird die Tatsache, daß die Bundespost bei der elektronischen Datenverarbeitung und Adressierung Umlaute in den Namen ihrer Kunden in Vokale auflöst ("oe" statt "ö"), als unvereinbar mit dem Grundrecht des Art.2 Abs.1 GG bezeichnet.

EHMKE vermißt im deutschen Rechtsleben das Gefühl dafür, daß auch Lächerlichkeit Grundrechte zu gefährden vermag (EHMKE, Wirtschaft und Verfassung, S.57 f., unter Hin-

Art.2 Abs.2 und 4 ff. GG zu schließen, sinnvoll erscheinen läßt. Hinzu kommt, daß dem Art.2 Abs.1 GG, sieht man ihn als *lex generalis*, zusätzliche Überlastungen aus der im Rechtsleben zu beobachtenden Tendenz zur "Flucht in die Generalklausel" drohen. Es ist das Verdienst Herbert WEHRHAHNs, unter Bezugnahme auf forensische Erfahrungssätze darauf hingewiesen zu haben, daß die Grenzen der Freiheitssphäre des einzelnen an Bestimmtheit und Meßbarkeit verlieren, sobald jene Tendenz aus dem Auge gelassen wird⁴³⁰). Der Flucht in die Generalklausel des Art.2 Abs.1 GG zu steuern, erscheint im übrigen im Hinblick auf die bloße Existenz der Einzelfreiheitsrechte der Art.2 Abs.2 und 4 ff. GG geboten. Der Katalog dieser Normen hat nämlich die - wenngleich widerlegbare - Vermutung für sich, daß er der Freiheitssphäre des einzelnen lückenlosen Schutz gewährt. Das folgt aus der Exegese der Absätze 1 und 2 des Art.1 GG: Indem der Verfassungsgeber in Art.1 GG die Menschenwürde und damit implicite die Freiheit der Persönlichkeit garantiert hat⁴³¹), hat er nicht nur den verfassungsanwendenden Kräften des Rechtslebens Bindungen auferlegt, sondern zugleich den Leitgedanken für seine eigene Arbeit an dem nachfolgenden Katalog der Einzelfreiheitsrechte konzipiert. Und zwar ist, weil die Menschenwürde sowie - als Ausfluß dessen - die Freiheit unteilbar sind⁴³²), davon auszugehen, daß der Verfassungsgeber von der Absicht geleitet worden ist, durch die Kodifizierung des Grundrechtskatalogs den lückenlosen Schutz der Freiheit zu erreichen⁴³³).

Zwar zeigen die Ausführungen zur geschichtlichen Bedingtheit

weis auf das in einer - zurückgezogenen - Verfassungsbeschwerde (1 BvR 799/58) behauptete Grundrecht auf Sperlingsfütterung).

430) Siehe WEHRHAHN, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, in AÖR Bd.82, S.250 ff. (258); in diesem Sinne auch RÜFNER, a.a.O., S.47.

431) Vgl. hierzu oben S.81 ff.

432) Siehe hierzu oben S.83 ff.

433) So wohl auch DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 86 zu Art.1 Abs.1 und Rn 10 zu Art.2 Abs.1.

und zwangsläufigen Lückenhaftigkeit der Grundrechtskataloge⁴³⁴⁾, daß jenem Willen des Verfassungsgebers ein voller, abschließender Erfolg versagt bleiben mußte. Dies schmälert indessen nicht die Schlußfolgerung, daß als Prüfungsmaßstab für eine behauptete Freiheitsbeeinträchtigung in erster Linie die Einzelfreiheitsrechte der Art.2 Abs.2 und 4 ff. GG heranzuziehen sind, daß diese Normen jedenfalls ein weit stärkeres Eigengewicht haben, als es angesichts der verlockenden "Praktikabilität" des generalklauselartigen Art.2 Abs.1 GG im Rechtsleben zum Ausdruck kommt⁴³⁵⁾.

Steht somit im Grundsätzlichen fest, daß es weder notwendig noch zulässig ist, die Tragfähigkeit des Art.2 Abs.1 GG zu überfordern, so ist nunmehr zu fragen, ob die anzustrebende Lückenlosigkeit des Schutzes der individuellen Freiheit mittels gezielt extensiver Auslegung von Einzelgrundrechten ihre positivrechtliche Verankerung finden kann.

Möglichkeiten, Einzelausprägungen der Entfaltungsfreiheit aus ihrer ausschließlichen Bindung an den als Auffanggrundrecht verstandenen Art.2 Abs.1 GG zu lösen und sie im Bereich anderer Grundrechtsartikel zu beheimaten, bieten sich in großer Vielfalt an.

aa) So kann die Rüge eines Eingriffs in die individuelle Freiheit vielfach statt auf Art.2 Abs.1 GG auf Art.14 GG gestützt und auf diesem Wege zum Teil noch besser untermauert werden. Als Beispiel diene die "Konsumfreiheit", jene von Hans Carl NIPPERDEY⁴³⁶⁾ auf der Basis des als Grundrecht erachteten Art.2 Abs.1 GG hervorgehobene Ausprägung der Entfaltungsfreiheit. Das "Erwerbendürfen", also der Kern der Konsumfreiheit, und das "Haben" des Art.14 GG sind Begriffe, die ineinander übergehen; und der Schlußfolgerung Peter LERCHE⁴³⁷⁾,

434) Siehe oben S. 79 f.

435) Vgl. WEHRHAHN, a.a.O., S.262, der in diesem Zusammenhang von einer Atrophie der positivierten Einzelfreiheitsrechte spricht.

436) NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.886.

437) LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.276.

wonach dieses Erwerbedürfnis ebenso gut wie unter Art.2 Abs.1 GG unter Art.14 GG subsumiert werden könne, kann daher schwerlich widersprochen werden. - Ohne Zwang läßt sich unter Art. 14 GG beispielsweise auch das Recht auf Außenwerbung an eigenen Baulichkeiten subsumieren; primärer Bezugspunkt ist hier das Eigentum, also in diesem Falle das dem Eigentümer zustehende Recht, seinen Grund und Boden auch für Werbezwecke nutzbar zu machen⁴³⁸⁾. Innerhalb der einer extensiven Auslegung des Art.14 GG gesetzten Grenzen dürfte auch das von Günter DÜRIG⁴³⁹⁾ gegebene Beispiel liegen: Ein Entzug der von Privatrechtssubjekten erworbenen öffentlichrechtlichen Vermögenswerte (etwa Sozialversicherungsansprüche), die zur Erhaltung eines menschenwürdigen Existenzminimums unentbehrlich sind, lasse sich zwar mit Hilfe des als Grundrecht anerkannten Art. 2 Abs.1 GG (in Verbindung mit Art.1 Abs.1 GG) abwehren, indem man aus dieser Norm ein Recht auf Unantastbarkeit dieser Werte herleite. DÜRIG neigt jedoch dazu, auch derartige subjektive öffentliche Rechte Privater in Art.14 GG einzubeziehen; denn das Eigentumsgrundrecht (als die typische Widerspiegelung der menschlichen Freiheit in der äußeren Güterwelt) sei am besten geeignet, die Herabwürdigung des Menschen zum ökonomischen Objekt auch in der Form des Entzugs subjektiver öffentlicher Rechte abzuwehren.

bb) Für das Bemühen, durch weite Auslegung der Einzelgrundrechte zu einer Entlastung des Art.2 Abs.1 GG beizutragen, bieten auch andere Einzelgrundrechte des Katalogs Raum. Erinnerung sei an die im Zusammenhang mit dem "Elfes"-Urteil des Bundesverfassungsgerichts⁴⁴⁰⁾ geführte Diskussion, ob die Aus-

438) So auch LERCHE, Werbung und Verfassung, S.75 f.; ZINKAHN, Außenwerbung und Baugestaltungsverordnung, in DÖV 1953, S.161 ff. (162) (a.A. RAUSCHENBACH, Außenwerbung und Baugestaltung, in Der Markenartikel, 1952, Heft 11, S. 2 ff.).

439) DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 89 zu Art.1.

440) Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16.1.1957, vgl. die nähere Bezeichnung des Urteils oben Fn 6.

reisefreiheit in Art.11 GG oder in Art.2 Abs.1 GG zu verankern sei⁴⁴¹⁾, sowie an die noch unentschiedene Frage, ob ein subjektiv-öffentliches Recht auf Eheschließung dem Art.2 Abs.1 GG oder dem Art.6 Abs.2 GG zu entnehmen oder aber überhaupt zu verneinen sei⁴⁴²⁾.

cc) In die vom Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit umfaßten Lebenssachverhalte können der allgemeine Gleichheitssatz und die besonderen Gleichheitssätze des Art.3 GG hineinragen. Aber die Auffangkraft des subjektivrechtlich interpretierten Art.2 Abs.1 Halbs.1 zu ersetzen, wären diese Gleichheitsgrundrechte selbst bei weiter Auslegung nicht geeignet.

Zwar verfestigt der Gleichheitsgrundsatz - nach Art einer multilateralen Meistbegünstigungsklausel⁴⁴³⁾ - alle bestehenden Rechtspositionen der Individuen. So hat z.B. das Schweizerische Bundesgericht aus dem Gleichheitsgebot der schweizerischen Verfassung (Art.4) einen allgemeinen Anspruch auf Betätigung der geistigen Individualität sowie eine dementsprechende Achtungspflicht des Staates hergeleitet⁴⁴⁴⁾; und auch in der Bundesrepublik Deutschland wird das Bemühen erkennbar, das Gleichheitsgebot des Art.3 Abs.1 GG in den Dienst der Freiheitssicherung zu stellen oder doch wenigstens die Spannungen⁴⁴⁵⁾ abzubauen, die wesensnotwendig das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit belasten.⁴⁴⁶⁾

441) Siehe DÜRIG, in JZ 1957, S.167 ff. (Anmerkung zu dem in vorstehender Fußnote genannten Urteil).

442) Vgl. hierzu DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 10 zu Art.2 Abs.1. Gegen die Anerkennung eines solchen Rechts wendet sich KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm. III 3 zu Art.6; SCHEUNER, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in Recht-Staat-Wirtschaft Bd. IV (1953), S.88 ff. (92).

443) In diesem Sinne RÜFNER, a.a.O., S.45.

444) BGE 45 I, S.262 ff. (268), zitiert nach RÜFNER, a.a.O., S.46.

445) KLEIN, a.a.O., Vorbem. B XV 2 b ("Spannungsverhältnis").

446) Vgl. z.B. LEIBHOLZ, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl. (1959), S.244 ff.; SCHMIDT, Die Freiheit vor dem Gesetz, in AÖR Bd.91 (1966), S.42 ff. (69 f., 82); Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.11.1955, BVerwGE 2, S.349 ff. (352); skeptisch RÜFNER, a.a.O., S.47.

Aber gerade dieses Spannungsverhältnis ist es, das den Art.3 GG als umfassend lückenschließendes Auffangrecht für jene Innominat(freiheits-)rechte nicht in Betracht kommen läßt: "Je mehr Raum der Staat dem einzelnen zur freien... Entfaltung seiner Persönlichkeit einräumt, umso ungleicher wird das Verhältnis der einzelnen untereinander; umgekehrt kann der Staat der Forderung nach Gleichheit nur genügen, wenn er einschneidend in die Freiheit des einzelnen eingreift"⁴⁴⁷⁾. Die Tatsache, daß es sich bei der Freiheit und bei der Gleichheit also um Werte handelt, die sich gegenseitig begrenzen, verbietet es, als Ausgangspunkt für die lückenlose Sicherung dieser Werte nur ein und dieselbe Generalklausel, nämlich Art.3 GG, anzusehen.⁴⁴⁸⁾

Obwohl noch weitere Versuche unternommen worden sind, durch extensive Auslegung von positivierten Grundrechten eine Entlastung des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG zu erreichen,⁴⁴⁹⁾ ist doch die generelle Feststellung geboten, daß diese Methode

447) KLEIN, a.a.O., Vorbem. B XV 2 b (unter Bezugnahme auf FELDMANN-GEISEL, Verfassungsrecht, S.20).

448) Selbst im Verfassungsrecht der Schweiz, das eine dem Art.2 Abs.1 GG gleichwertige Norm nicht kennt, gilt die - weit ausgelegte - Gleichheitsgarantie des Art.4 der schweizerischen Verfassung nicht als die einzige Grundlage zur Schließung der im Katalog der Freiheitsrechte verbliebenen Lücken; vgl. hierzu GIACOMETTI's These vom "axiomatischen Prinzip einer allgemeinen Freiheit", unten S. 134.

449) Beispiele: Herleitung der Vertragsfreiheit, der Unternehmensfreiheit und der Wettbewerbsfreiheit aus Art.12 und Art.14 GG statt aus Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG (so EHMKE, Wirtschaft und Verfassung, S.14 ff., S.60; RÜFNER, a.a.O., S.50 f. - jeweils mit Hinweisen auf Schrifttum und Rechtsprechung); Einbeziehung der gesamten Materie der Berufsfreiheit in Art.12 GG, also keine Zuhilfenahme von Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG (so DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 43 zu Art.2 Abs.1). LUHMANN, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, in AÖR Bd.90 (1965), S.257 ff. (276 ff.), spricht von der "Entlastungsfunktion" des Grundrechts der Gewissensfreiheit und sieht durch Art.4 GG alle Themenbereiche berührt, mit denen ein Mensch sich in seinem Verhalten identifizieren kann, also keineswegs allein religiöse Themen.

die anzustrebende Lückenlosigkeit des individuellen Freiheitsschutzes nicht herbeizuführen vermag. Denn die benannten Freiheitsgrundrechte stellen nicht mehr dar als Dämme gegen diejenigen Bedrohungen der Freiheit, die dem Verfassungsgeber in den Jahren 1948/49 aktuell und denkbar erschienen waren. Schon die ersten Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes haben zahlreiche Eingriffe in die individuelle Freiheitssphäre bekannt werden lassen, die sich den Einzelfreiheitsrechten der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG auch bei deren extensiver Interpretation thematisch nicht zuordnen ließen⁴⁵⁰⁾. Hier beginnt

Zur Problematik der weiten Auslegung von Grundrechten s. RÜFNER, a.a.O., S.41 ff. (mit ausführlichen Hinweisen auf Schrifttum und Rechtsprechung).

450) Für die Fülle solcher von den positivierten Einzelgrundrechten nicht erfaßbarer Fälle können hier nur Beispiele aufgezeigt werden:

Eingriff in das Namensrecht, (vgl. DÜRIG, a.a.O., Rn 42 zu Art.2 Abs.1); die Problematik der Adelsprädikate (DÜRIG, ebenda); die Ermittlung des Unbewußten (vgl. DÜRIG, a.a.O., Rn 35 zu Art.1).

Das Bundesverfassungsgericht hat einen Verstoß gegen Art.2 Abs.1 GG z.B. in folgenden Entscheidungen bejaht: Urteil vom 16.1.1957 - 1 BvR 253/56 - BVerfGE 6, S.32 ff. ("Elfes"-Urteil; Herleitung der Ausreisefreiheit aus Art.2 Abs.1 GG); Beschluß vom 31.5.1960 - 2 BvR 234, 235, 236/60 - BVerfGE 11, S.150 ff. und Beschluß vom 24.1.1961 - 2 BvR 168/60 - BVerfGE 12, S.99 ff. (Unzulässigkeit der Vollstreckung sowjetzonaler Urteile in der BRD); Beschluß vom 3.10.1957 - 1 BvR 194/52 - BVerfGE 7, S.111 ff. (Unmöglichkeit einer Bestrafung auf Grund der bayerischen oberpolizeilichen Vorschriften über die Verteilung von Plakaten, Flugschriften etc.); Urteil vom 21.3.1961 - 2 BvR 27/60 - BVerfGE 12, S.296 ff. (Teilnichtigkeit des § 90 a StGB); Urteil vom 15.8.1966 - 1 BvF 1/61 - BVerfGE 20, S.150 ff. (Verfassungswidrigkeit des Sammlungsgesetzes).

Hervorzuheben ist, daß das Bundesverfassungsgericht sich bisher allerdings nur einmal, und zwar im vorstehend genannten "Elfes"-Urteil, zur Herleitung eines Innominat-rechtes aus Art.2 Abs.1 GG bereitgefunden hat. In den anderen Entscheidungen scheiterten die hoheitlichen Maßnahmen deshalb an Art.2 Abs.1 GG, weil das Gericht deren Zugehörigkeit zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG verneinte; der mit diesen Maßnahmen verbundene Eingriff in die Entfaltungsfreiheit war rechtswidrig, weil er im "Soweit"-Satz keine Legitimation fand. Zur lautstarken Kritik an dieser Rechtspre-

dann in den Augen derer, die in Art.2 Abs.1 GG ein Grundrecht sehen, das weite Anwendungsgebiet - und freilich auch die Gefahr der übermäßigen Strapazierung - des Art.2 Abs.1 GG, nämlich seine Funktion als Auffangrecht.

b) Der zwangsläufige Verzicht auf Art.1 Abs.1 GG

Der Nachweis, daß durch extensive Auslegung der Artikel 2 Abs.2 und 4 ff. GG die gewünschte Lückenlosigkeit des Freiheitsschutzes nicht herbeigeführt werden kann, fordert freilich noch nicht dazu heraus, den Art.2 Abs.1 GG als subjektiv-öffentliches Recht und damit als Auffangrecht anzuerkennen. Zunächst ist noch die Frage zu klären, ob nicht aus Art.1 Abs.1 GG, aus jener "Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung"⁴⁵¹⁾, die Basis für die Ableitung jener Innominatrechte, also für die Vervollständigung des grundrechtlichen Freiheitsschutzes, gewonnen werden kann. Entsprechende Überlegungen sind zulässig; denn gerade weil Art.2 Abs.1 GG nur eine Weiterführung des mit Art.1 Abs.1 GG positivierten Leitgedankens ist, können verschiedene Persönlichkeitsgüter nur deshalb als Komponenten des mit dem Grundrechtskatalog gebildeten Wertsystems gedacht werden, weil sie einerseits zwar im Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, zugleich aber unmittelbar in der Menschenwürdegarantie des Art.1 Abs.1 GG wurzeln. So ist das Recht am eigenen Wort, also das - besonders durch die Tonbandtechnik gefährdete - "Recht, ins Unreine zu sprechen, ohne auf jedes Wort festgelegt zu werden"⁴⁵²⁾, gleichermaßen durch Art.2 Abs.1 und durch Art.1 Abs.1 GG gesichert. Wird das gesprochene Wort ohne Zustimmung des Sprechenden auf einem Tonträger festgehalten oder der Öffent-

chung siehe z.B. Konrad HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S.161 ff.

⁴⁵¹⁾ So KLEIN, a.a.O., Anm.III 1 b zu Art.1; eine entsprechende Definition z.B. bei LEISNER, Grundrechte und Privatrecht, S.151.

⁴⁵²⁾ So die von DÜRIG gegebene Umschreibung (DÜRIG, a.a.O. Rn 38 zu Art.2 Abs.1).

lichkeit zugänglich gemacht, so liegt demgemäß sowohl ein Verstoß gegen die Menschenwürdegarantie als auch ein Verstoß gegen die durch Art.2 Abs.1 GG geschützte Entfaltungsfreiheit vor.

Für die Frage, ob die Lücken im System des grundgesetzlichen Freiheitsschutzes ohne Zurückgreifen auf Art.2 Abs.1 GG geschlossen werden können, bringen solche Überlegungen jedoch keinen Fortschritt. Denn Art.1 Abs.1 GG ist selbst kein Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts⁴⁵³⁾, so daß die Basis für die notwendigerweise zu entwickelnden Innominatgrundrechte nicht in Art.1 Abs.1 GG gefunden werden kann⁴⁵⁴⁾.

453) Die gegenteilige Auffassung NIPPERDEYS (NIPPERDEY, Menschenwürde, S.11 ff.) hat in jüngerer Zeit keine Anhänger mehr gefunden. Wie NIPPERDEY noch COING, Das Grundrecht der Menschenwürde, in SJZ 1947, Sp.641-645, sowie die bei NIPPERDEY, Menschenwürde, S.12, Zitierten. Eine sehr prägnante Begründung für die Verneinung des Grundrechtscharakters von Art.1 Abs.1 GG hat WERTENBRUCH, Grundgesetz und Menschenwürde, S.34, unter Bezugnahme auf Georg JELLINEK gegeben: "Eine Person mit Würde i s t man, und Rechte h a t man". Zu den Bedenken gegen die Anerkennung des Grundrechtscharakters von Art.1 Abs.1 GG s. auch KLEIN, a.a.O., Anm.III 2 zu Art.1. DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 13 zu Art.1, hält die Ausformung des Art.1 Abs.1 GG zu einem subjektiv-öffentlichen Recht für entbehrlich, weil jeder staatliche Eingriff in die Menschenwürde mit Hilfe der Artikel 2 Abs.1 ff. GG abgewehrt werden könne.

454) In diesem Sinne z.B. DÜRIG, a.a.O., Rn 5 zu Art.1. Wenn KLEIN, a.a.O., Anm. III 1 c zu Art.1, den Satz NIPPERDEYS (NIPPERDEY, Menschenwürde, S.23) aufnimmt, daß Art.1 Abs.1 GG "ein maßgebendes Auslegungsprinzip... und ein Prinzip der Rechtsfindung bei Lücken" enthalte, so wird damit Art.1 Abs.1 GG noch nicht zur Basis für die Schließung der im Katalog der (subjektiv-öffentlichen) Grundrechte anzutreffenden Lücken erhoben; so aber die irrtümliche Schlußfolgerung WERTENBRUCHS, Grundge-

- c) GIACOMETTI's These vom "axiomatischen Prinzip einer allgemeinen Freiheit".

Endlich ist zu erwägen, ob nicht die These Zaccariä GIACOMETTI's vom "axiomatischen Prinzip einer allgemeinen Freiheit" die Möglichkeit eröffnet, eine Grundlage für die Ergänzung der Lücken im Katalog der Grundrechte zu schaffen und damit von einer Qualifizierung des Art.2 Abs.1 GG als Grundrecht Abstand zu nehmen. GIACOMETTI meint, aus den durch die Grundrechte garantierten Einzelfreiheiten (Vereinsfreiheit, Pressefreiheit etc.) den Oberbegriff oder das axiomatische Prinzip einer allgemeinen Freiheit ableiten und auf diese Weise ein lückenloses System von Freiheitsrechten aufrichten zu können.⁴⁵⁵⁾

Jene positivierten Einzelfreiheitsrechte stellen im Rahmen dieser Lehre also nicht mehr dar als beispielhafte Ausprägungen dieses als lückenlos erachteten Systems. Es braucht hier nicht untersucht zu werden, ob sich die von GIACOMETTI vorgeschlagene Konstruktion für das schweizerische Rechtsleben, dem sie in erster Linie zugedacht ist, sinnvoll oder gar se-

setz und Menschenwürde, S.165 (mit Fußnote 526). Aus der Lehre KLEIN's eine derartige Interpretation herauszulesen, erscheint unrichtig: Erstens ist der Begriff "Lückenfüllung" auch in ausschließlich objektivrechtlichen Bereichen vorstellbar (z.B. bei der in der Literatur teilweise befürworteten Erstreckung der Schranken des Art.2 Abs.1 GG auf die unbeschränkt, in diesem Sinne also "lückenhaft" gebliebenen Grundrechtsartikel); zweitens verfolgt KLEIN gerade mit seiner Gegnerschaft gegen den Grundrechtscharakter des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit das Ziel, dem Entstehen von Innominatgrundrechten den Weg zu versperren (vgl. die Kommentierung des Art.2 Abs.1 GG bei KLEIN, a.a.O., Anm. III 5 a und b). Wollte man die Innominatgrundrechte aus Art.1 Abs.1 GG herleiten, so würde der von KLEIN mit der Beschränkung des Art.2 Abs.1 GG auf die objektivrechtliche Funktion erreichte Zweck weitgehend aufgehoben.

455) GIACOMETTI, Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, in Aktuelle Verfassungsprobleme (Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1955), S.149 ff. insbesondere S.164 ff.

gensreich auswirkt; sie in die Interpretation des grundgesetzlichen Grundrechtskatalogs einzufügen, erscheint jedenfalls nicht angebracht; denn abgesehen davon, daß es GIACOMETTI kaum gelungen sein dürfte, für seine allgemeine (lückenlose) Freiheit feste Begrenzungen zu fixieren⁴⁵⁶⁾, enthält das Grundgesetz in Gestalt des Art.2 Abs.1 GG einen generellen Freiheitsrechtssatz, dessen Fehlen in der schweizerischen Verfassung gerade den Anlaß zu den Bemühungen GIACOMETTIs gegeben hat.

Nach alledem ist festzustellen, daß außerhalb von Art.2 Abs.1 GG keine Möglichkeit für die Begründung eines lückenlosen grundrechtlichen Freiheitsschutzes zu finden ist.

2. Die Erhebung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zum Grundrecht als Voraussetzung für dessen lückenfüllende Kraft

Ist somit allein Art.2 Abs.1 GG als mögliche Basis für die Ausfüllung jener Lücken in Erwägung zu ziehen, so ist die Notwendigkeit, diese Norm zu einem subjektiven öffentlichen (Auffang-)Recht zu erheben, noch nicht ipso iure erwiesen. Fest steht damit zunächst nur, daß Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG überhaupt heranzuziehen ist. Es ist nämlich keineswegs undenkbar, "Grundrechte" schlechthin nur objektivrechtlich aufzufassen⁴⁵⁷⁾. Indessen vermag die Möglichkeit, daß verfassungsmäßige Freiheitsrechte als lediglich objektives Recht überhaupt gedacht werden können, die Subjektivierung des Grundgesetz-Artikels 2 Abs.1 Halbs.1 nicht aufzuhalten. Das

456) Vgl. hierzu auch Jörg Paul MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, S.137, der mit Recht darauf hinweist, daß auch Georg JELLINEK in seinem Bemühen um einen lückenlosen Freiheitsschutz bei der Begrenzungsfrage in Schwierigkeiten geraten mußte.

457) Für den nur objektivrechtlichen Charakter der Grundrechte z.B. LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.I, 3.Aufl., S.133 ff.; Otto MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, Allg.Teil 3.Aufl., S.108. Zum Ganzen: ZIPPELIUS, Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Be-

ergibt sich aus folgender Tatsache: Der Grundrechtskatalog des Grundgesetzes und seine bisher von Praxis und Theorie erarbeiteten Interpretationen sind dogmatisch orientiert an der seit dem 19. Jahrhundert in der deutschen Staatsrechtswissenschaft ausgeprägten Gegensätzlichkeit von subjektivem und objektivem Recht. Angelpunkt dieser Betrachtungsweise ist nach wie vor die von Georg JELLINEK herbeigeführte begriffliche Klärung, wonach Freiheitsrechte als subjektive Rechte und diese subjektiven Rechte als die auf ein Interesse gerichtete rechtliche Willensmacht anzusehen seien⁴⁵⁸). Im Gegensatz zu anderen Rechtskreisen⁴⁵⁹) ist in Deutschland die Diskussion um verfassungsmäßige Freiheitsrechte überwiegend unter dem Gesichtspunkt der selbständigen prozessualen Durchsetzbarkeit derartiger Rechte geführt worden⁴⁶⁰); und es nimmt daher nicht wunder, daß Ottmar BÜHLER seine Prognose, die Ära der subjektiven Rechte habe eigentlich erst begonnen, vornehmlich mit der wachsenden und "erdrückenden Staatsmacht" sowie mit der daraus resultierenden Forderung begründet, dem Bürger müßten noch festere Positionen, d.h. subjektive Rechte, verschafft werden^{461/462}).

-
- schränkung von Grundrechten, in DVBl 1956, S.353 ff.
- 458) Siehe Georg JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S.40 ff., 89 ff.
- 459) Vgl. z.B. für das Verständnis des Art.28 ZGB (Schutz der Persönlichkeit) im schweizerischen Recht: Jörg Paul MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, S.44 f.; vgl. auch die Anmerkungen MÜLLERS, ebenda, S.110 ff., zur amerikanischen Rechtserklärung von 1776.
- 460) Siehe hierzu auch Georg JELLINEK, a.a.O., S.96 f.
In jüngster Zeit klingt die Frage nach der Überwindbarkeit des dogmatischen Gegensatzes von subjektiven und objektiven Grundrechtsgewährleistungen wieder stärker an; vgl. z.B. ABEL, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, S.40 ff.
- 461) BÜHLER, Altes und Neues über Begriff und Deutung des subjektiv-öffentlichen Rechts, in Jellinek-Gedächtnisschrift, S.269 ff. (273 und 286).
- 462) Dieses auf die Alternative staatlicher Zwang-Freiheit konzentrierte Grundrechtsverständnis wird in jüngster Zeit wieder stärker durch den Gedanken der Verantwortung

Den deutlichen Beleg für diesen im deutschen Recht scharf akzentuierten Gegensatz zwischen subjektivem und objektivem Recht liefert Art.19 Abs.4 GG; denn "Schlußstein im Gewölbe des Rechtsstaates"⁴⁶³⁾ ist diese Norm deshalb, weil sie, ganz in den Dienst der Erhaltung der Individualsphäre gegenüber dem Staat gestellt, dem einzelnen subjektiven Recht die selbständige prozessuale Durchsetzbarkeit und damit ein Höchstmaß an Realisierbarkeit verschafft. Enthält nun, wie oben⁴⁶⁴⁾ nachgewiesen, die grundgesetzliche Grundrechtssystematik zwangsläufige und ausfüllungsbedürftige Lücken, so erscheint es unumgänglich, den Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG, der von den ursprünglich in Betracht gezogenen Wegen allein als mögliche Basis für diese Lückenschließung verblieben ist, an der Dogmatik eben desselben Grundrechtssystems zu orientieren, zu dessen Vervollständigung er herangezogen werden soll. Der Lückenlosigkeit eines Systems subjektiver Rechte kann nur ein Auffangrecht dienen, das selbst die Rechtsqualität der zu ergänzenden Rechte besitzt. Das heißt aber: Nur das zum Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts erhobene Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ist in der Lage, diese lückenfüllende Funktion zu übernehmen und ihr gerecht zu werden.

ergänzt. WIEACKER, der stärkste Verfechter dieser sich wandelnden Grundrechtsdogmatik, räumt allerdings ein, daß "das Ethos der Verantwortung noch keine Wirklichkeit, sondern eine Aufgabe ist". (WIEACKER, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, S.25 ff.). Zum Ganzen siehe auch LEISNER, Grundrechte und Privatrecht, S. 143 ff.

463) So THOMA, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in Recht - Staat - Wirtschaft, 3.Band, S.9.

464) Siehe oben S. 79 f.

III. Abwägung der gegen den Grundrechtscharakter der Entfaltungsfreiheit vorgebrachten Begründungen mit der Behauptung von der Unentbehrlichkeit der als Grundrecht qualifizierten Entfaltungsfreiheit

Die Schlußfolgerung, nur die als Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts erachtete Entfaltungsfreiheit könne den grundrechtlichen Freiheitsschutz vervollständigen, ist indessen erst zwingend, wenn genaue Abwägung dazu geführt hat, daß die gegen den Grundrechtscharakter des Art.2 Abs.1 GG vorgebrachten Bedenken weniger zwingend sind als die hier zugunsten des Grundrechtscharakters ins Feld geführten Überlegungen. Wie oben⁴⁶⁵⁾ dargestellt, resultieren jene Bedenken aus der Vagheit der sprachlichen Fassung des Art.2 Abs.1 GG (KLEIN, WEHRHAHN), sodann aus der Sorge, die Kennzeichnung dieser Fundamentalnorm als Grundrecht werde zu deren Überbeanspruchung und Aushöhlung führen (KLEIN); drittens gehört in den Kreis dieser Argumentationen die (von WEHRHAHN behauptete und für ihn ausschlaggebende) Gefahr, die Erhebung des Art.2 Abs.1 GG zum Grundrecht werde den Rechtsuchenden zu einer Flucht in die Generalklausel verleiten.

Damit jenes Abwägen möglich wird, ist das Schwergewicht dieser drei Gegenargumente zu bestimmen.

1.a) Die von Friedrich KLEIN und im Ergebnis auch von Herbert WEHRHAHN vertretene Auffassung, Art.2 Abs.1 GG erfülle angesichts der Vagheit seiner Formulierung nicht die Voraussetzungen, die gemäß dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz für die Anerkennung des Grundrechtscharakters erforderlich sind, kann nicht mit dem Hinweis darauf entkräftet werden, daß das Bundesverfassungsgericht sogar Art.3 Abs.2 GG als bestimmt und praktikabel genug bewertet hat⁴⁶⁶⁾. Abgesehen da-

⁴⁶⁵⁾ Siehe oben S. 7 ff.

⁴⁶⁶⁾ So aber DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 5 zu Art.2 Abs.1, und ihm folgend NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.757.

von, daß Urteile des Bundesverfassungsgerichts die Staatsrechtswissenschaft nur in sehr beschränktem Maße⁴⁶⁷⁾ der Aufgabe entheben, nach besseren Erkenntnissen zu suchen, ist die Vergleichbarkeit der Art.3 Abs.2 und 2 Abs.1 GG angesichts deren unterschiedlicher sprachlicher Gestaltung nicht erwiesen.⁴⁶⁸⁾

b) Ansatzpunkte für eine Abschwächung jenes aus der Vagheit der Formulierung resultierenden Bedenkens ergeben sich demgegenüber aus der Tatsache, daß eine Grundrechtsordnung den in wenigen Sätzen konzentrierten "Kern der gesamten Rechtsordnung"⁴⁶⁹⁾ enthält, und daß die dabei gewählten Formulierungen daher zwangsläufig zu einer gewissen Unbestimmtheit tendieren;⁴⁷⁰⁾ deshalb ist generell die Bindung an das Wort im Verfassungsrecht geringer als im Privatrecht⁴⁷¹⁾.

c) Weiterhin erscheint es fraglich, ob die Argumentation mit dem Bestimmtheitsgrundsatz geeignet ist, die Ablehnung der Grundrechtseigenschaft des Art.2 Abs.1 GG zu stützen. Den Bestimmtheitsgrundsatz als absolut feststehenden Maßstab heranzuziehen, dürfte nämlich gerade dann nicht angebracht sein, wenn es gilt, eine generalklauselartig gefaßte Norm wie Art.2 Abs.1 GG rechtlich zu würdigen; denn gerade in Verfassungen haben, wie Hermann HELLER es formuliert, derartige Rechtsätze die Funktion eines "Einfallstores, durch das die positiv gewertete gesellschaftliche Wirklichkeit täglich in die staatliche Normativität eindringt"⁴⁷²⁾. HELLER sieht,

467) Vgl. hierzu die grundlegenden Ausführungen von Hans PETERS, Referat, S.10 ff., zu dem Ausmaß der Bindungswirkung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

468) Auch die Auffassung DÜRIGs, a.a.O., Rn 5 zu Art.2 Abs.1, daß die durchweg als Grundrecht erachtete Gewissensfreiheit des Art.4 Abs.1 GG nicht weniger dehnbar sei als Art.2 Abs.1 GG, bedürfte mindestens einer näheren Begründung, um die Vagheitsthese KLEINS erschüttern zu können.

469) HENSEL, Grundrechte und Rechtsprechung, in Die Rechtsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd.I, S.1 ff.(28).

470) So auch NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.757.

471) So wörtlich Hans HUBER, in VVdSt Heft 20 (1963), S.116

ohne das Erfordernis der Rechtssicherheit aus dem Auge zu lassen⁴⁷³⁾, in der Unbestimmtheit verfassungsrechtlicher Generalklauseln geradezu eine Voraussetzung für die Anpassungsfähigkeit einer Verfassung an zeitliche Besonderheiten, mithin ein Mittel, die Verfassung zu "verstetigen"⁴⁷⁴⁾. Es braucht bei der Frage nach dem Rechtscharakter des Art.2 Abs.1 GG nicht entschieden zu werden, ob die Kollision des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes und jener "regulativen Funktion" der Generalklauseln⁴⁷⁵⁾ so eindeutig zugunsten der letztgenannten Funktion gelöst werden muß⁴⁷⁶⁾. Bereits die Erkenntnis, daß der Versuch einer strikten Realisierung des Bestimmtheitsgrundsatzes im Bereich von verfassungsmäßigen Generalklauseln auf die regulative Funktion der Generalklauseln, mithin sozusagen auf ein Hindernis, stoßen muß, macht es jedoch unmöglich, den Bestimmtheitsgrundsatz als absolute Größe einzusetzen. Die vorstehenden Überlegungen führen also mindestens zu einer Schwächung des Arguments, dem Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG müsse die Grundrechtseigenschaft auch deshalb versagt bleiben, weil er zu unbestimmt und vage formuliert sei.

2. Widerstandsfähiger ist demgegenüber die These KLEINS, die Kennzeichnung der Entfaltungsfreiheit als Grundrecht verbiete sich auch deshalb, weil dieser Freiheitsrechtsleitsatz

(Diskussionsbeitrag).

472) HELLER, Staatslehre, S.257.

473) Siehe HELLER, ebenda.

474) Starke Differenzierungen des Bestimmtheitsgrundsatzes auch bei LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.272 f. und S.83.

475) So HENKEL, Recht und Individualität, S.35.

476) Entsprechende Untersuchungen werden davon auszugehen haben, daß es hier kaum um "richtige" oder "unrichtige" Lösungen geht; sowohl die "rechtsstaatsgemäße Bestimmtheit" als auch die "Anpassungsfähigkeit" der Verfassung sind in so hohem Maße ausfüllungsbedürftige, der Subjektivität des Interpreten geöffnete Begriffe, daß die herbeizuführende Entscheidung immer nur ein Mehr oder ein Weniger an Vertretbarkeit enthalten wird.

andernfalls einer Überbeanspruchung und seine Aussagekraft einer Entwertung ausgesetzt würden⁴⁷⁷⁾. Wie sehr diese Gefahr eine fest einzukalkulierende Tatsache ist, haben die Jahre seit Inkrafttreten des Grundgesetzes deutlich gezeigt⁴⁷⁸⁾, und es ist bezeichnend, daß selbst ausgesprochen militante Verfechter der Grundrechtsqualität des Art.2 Abs.1 GG diese Gefahr nicht übersehen, geschweige denn leugnen können⁴⁷⁹⁾.

Zweifellos ist die Beschränkung des Art.2 Abs.1 GG auf die objektivrechtliche Funktion eines Freiheitsrechtsleitsatzes das wirksamste Mittel zur Vorbeugung gegen derartige Verschleißerscheinungen. Allerdings ist Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG auch dadurch noch nicht völlig gegen Überbeanspruchung und Abnutzung gefeit. Selbst wenn diesem Artikel mit der Subjektivität die selbständige prozessuale Durchsetzbarkeit versagt wird,⁴⁸⁰⁾ ist es vorstellbar, daß er in der ihm verbleibenden objektivrechtlichen Funktion über Gebühr zur Auslegung und Absicherung subjektiver Rechtspositionen herangezogen wird⁴⁸¹⁾.

Ungeachtet des Vorteils, der sich - wie im vorstehenden Absatz ausgeführt - durch die Beschränkung des Art.2 Abs.1 GG auf die objektivrechtliche Funktion ergibt, kann dieser Weg nicht empfohlen werden. Das folgt aus der oben⁴⁸²⁾ entwickelten Feststellung, daß Art.2 Abs.1 GG nur dann als Basis für die als unumgänglich erkannte Ausfüllung der im Katalog der subjektiv-öffentlichen Freiheitsrechte vorhandenen Lücken dienen kann, wenn Art.2 Abs.1 GG selbst den Rechtscharakter der durch gleichrangige Rechtsgewährleistungen zu ergänzenden Grundrechte besitzt. Hinzuzufügen ist an dieser Stelle folgendes:

477) KLEIN, a.a.O., Anm.III 5 b zu Art.2.

478) Vgl. den Hinweis auf typische Beispiele oben Fn 429.

479) Siehe hierzu DÜRIG, Freizügigkeit, in Grundrechte Bd.2, S.519 Anm.48; Herbert KRÜGER, Neues zur Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, in NJW 1955, S.201 ff. (202); NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.758.

480) Vgl. hierzu oben S. 101 f.

481) Vgl. die warnenden Beispiele oben Fn 429.

482) Siehe oben S. 86 f.

Diejenigen Stimmen, die dem Freiheitsrechtssatz des Art.2 Abs.1 GG den Grundrechtscharakter absprechen, werden offensichtlich von einem starken Vertrauen in die öffentliche Gewalt, den potentiellen Beeinträchtiger der Grundrechte, geleitet; denn der Verzicht auf die Grundrechtseigenschaft des Art.2 Abs.1 GG ist, wie gezeigt, zugleich der Verzicht auf die selbständige prozessuale Durchsetzbarkeit dieser Fundamentalnorm⁴⁸³⁾. Obwohl der nur dem objektiven Recht zugeordnete Art.2 Abs.1 GG der Aktualisierungswirkung des Art.1 Abs. 3 teilhaftig wird⁴⁸⁴⁾, ist im deutschen Rechtsleben der Gegenwart doch die Frage erlaubt, ob für eine objektivrechtliche Grundgesetz-Norm die absolute Gewähr besteht, zur Lösung aller einschlägigen Rechtssituationen herangezogen zu werden, obgleich dies vom Rechtsuchenden gerade nicht selbständig prozessual durchgesetzt werden kann. Die damit anklingende Skepsis gegenüber jenem der öffentlichen Gewalt erbrachten Vertrauenserweis kann zwar nicht durch konkrete Beobachtungen der Verfassungswirklichkeit seit 1949 bewiesen werden. Unumgänglich ist in diesem Zusammenhang aber folgende Feststellung: Die wechselvollen politischen Gegebenheiten der deutschen Geschichte haben das Werden eines Rechtsbewußtseins immer wieder erschwert, so daß seit der Zeit des grundrechtlichen Neuanfangs im Jahre 1949 noch nicht jenes Selbstverständnis der Freiheit erreicht werden konnte, das den meisten westlichen Ländern⁴⁸⁵⁾ dank mehr oder minder kontinuierlicher Entwicklung zu eigen ist. Und zwar ist die Stärkungsbedürftigkeit des Freiheitsverständnisses in der Bundesrepublik Deutschland gleichermaßen bei dem Träger der Einzelrechte, dem Staatsbürger, und bei Exekutive, Legislative und Judikative zu beobachten; allerdings treten Mißgriffe der drei Gewalten bei der Berührung individueller Freiheitsrechte im all-

⁴⁸³⁾ Siehe oben S. 101 ff.

⁴⁸⁴⁾ Siehe oben S. 88 ff.

⁴⁸⁵⁾ Vgl. z.B. den Hinweis Eike VON HIPPELS, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S.13 f., auf das Selbstverständnis der Freiheitsrechte und ihrer Grenzen in den USA.

gemeinen stärker ins Rampenlicht als das fehlerhafte Freiheitsverständnis des Inhabers dieser Rechte.⁴⁸⁶⁾

Die vorstehenden Überlegungen vermögen zwar nichts an der Feststellung zu ändern, daß die Erhebung des Gewährleistungstatbestandes von Art.2 Abs.1 GG zum Grundrecht geeignet ist, der Strapazierung dieser Norm Vorschub zu leisten, und daß die Negierung dieser Rechtsqualität ein sehr wirksames Gegenmittel wäre. Aber der Blick auf das Freiheitsverständnis der Gegenwart macht deutlich, daß die Anwendung dieses Mittels das Risiko einer unzulässigen Nichtbeachtung des Art.2 Abs.1 GG seitens der öffentlichen Gewalt mit sich bringt.

3. Um eine nur unsichere Stütze für die Negierung der Grundrechtsqualität dürfte es sich bei dem von WEHRHAHN⁴⁸⁷⁾ angeführten Argument handeln: Eine Qualifizierung des Art.2 Abs.1 GG als Grundrecht müsse schon deshalb abgelehnt werden, weil sonst eine Hinneigung von den *leges speciales* zur *lex generalis*, also eine Flucht von den Einzelfreiheitsrechten der Art.2 Abs. 2 und 4 ff. GG in die Generalklausel des Art.2 Abs.1 GG, einsetze. Ob der Art.2 Abs.1 GG mit der Qualifizierung als Grundrecht tatsächlich und zwingend zur *lex generalis* der positivierten Einzelfreiheitsrechte wird, kann hier dahingestellt bleiben.⁴⁸⁸⁾ Festzuhalten ist aber, daß in der Tat jene Tendenz zur Flucht in die Generalklausel stets dann beobachtet werden kann, wenn sich als Anspruchsgrundlage ein vom Verhältnis *lex generalis* - *lex specialis* bestimmtes Rechtssatzgefüge anbietet. Die Tendenz zur Flucht in die Generalklausel wird also typischerweise von jeder Generalklausel ausgelöst, WEHRHAHNS Besorgnisse wegen einer Überlastung der Generalklausel des Art.2

486) Zu der Unsicherheit in der Legislative und der Judikative bei der Handhabung der individuellen Freiheit vgl. z.B. Richard SCHMID in seiner Polemik gegen das neue Vereinsgesetz und die Neufassung des § 90 StGB (SCHMID, Auf dem Wege zum Überwachungsstaat, in Die Zeit, Nr.11 vom 12.3. 1965, S.3).

487) WEHRHAHN, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2 Abs.1 des Grundgesetzes, in AÖR, Bd.82, S.250 ff. (258 f.); siehe auch oben S. 9.

Abs.1 GG und wegen des dadurch möglichen Bedeutungsschwundes der Einzelfreiheitsrechte laufen also auf eine generelle Skepsis gegenüber dem Normentyp "Generalklausel" hinaus. Damit allein wird diese Oppositionsstellung gegenüber dem von der herrschenden Auffassung behaupteten Grundrechtscharakter des Art.2 Abs.1 GG noch nicht entkräftet.⁴⁸⁹⁾ Die Schwäche des WEHRHAHNschen Arguments ergibt sich vielmehr daraus, daß der gesetzgebungstechnische Typ der Generalklausel aus neuzeitlichen Kodifikationen - zumal aus Verfassungen - nicht mehr hinweggedacht werden kann, ohne daß deren Anpassungsfähigkeit sowie die Rechtsfortbildung schlechthin erschwert würden⁴⁹⁰⁾.

IV Ergebnis

Legt man die Beobachtungen und Erwägungen zugrunde, die sich in diesem Abschnitt ergeben haben, so ist eine nicht unerhebliche Schwächung der gegen den Grundrechtscharakter des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit vorgebrachten Argumente festzustellen. Zunächst ohne Bezugnahme auf diese Argumente ist am Anfang des zweiten Abschnittes der vorliegenden Untersuchung (S. ff.) die Auffassung bekräftigt worden, daß die Ausfüllung der im Katalog der Freiheitsgrundrechte bestehenden Lücken unabdingbar ist, und daß nur die zum Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts erhobene Gewährleistung des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG geeignet ist, dieser Notwendigkeit gerecht zu werden.

488) Gegen die lex-generalis-Stellung des Art.2 Abs.1 GG wenden sich bei gleichzeitiger Anerkennung seiner Grundrechtseigenschaft namentlich HAMEL, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S.36, und Hans PETERS, Referat, S.50; vgl. oben S. 60.

489) Insofern ist der Vergleich NIPPERDEYS, (Entfaltungsfreiheit, S.764) ohne Gewicht, daß die Gefahr der Flucht in die Generalklausel bei Art.2 Abs.1 GG nicht größer sei als etwa bei § 242 BGB.

Als Ergebnis der zur Aufgabe gestellten Abwägung jener Argumente und dieser Notwendigkeit ist nunmehr festzustellen: Insbesondere die Vagheit der sprachlichen Fassung und die Gefahr einer übermäßigen Strapazierung des Art.2 Abs.1 Halbs. 1 GG gebieten zwar zu jeder Zeit äußerste Behutsamkeit bei der Heranziehung dieses Verfassungssatzes. Angesichts dessen das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ausschließlich dem objektiven Recht zuzuordnen, muß jedoch als eine zu schwerwiegende Schlußfolgerung bezeichnet werden: Das Erfordernis, die Grundlage für einen lückenlosen Grundrechtsschutz zu schaffen, macht es unumgänglich, in Art.2 Abs.1 GG ein Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts zu sehen.

Damit ist - gemäß der Vorbemerkung unter I⁴⁹¹⁾ - präjudiziert, daß der Subsumierbarkeit des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit unter Art.19 Abs.4 GG, § 40 VwGO und § 90 BVerfGG nichts mehr im Wege steht. Denn mit der Qualifizierung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit als Grundrecht wird dem Art.2 Abs.1 GG zugleich die Justiziabilität im Sinne der genannten Rechtsweggarantien zuteil.

490) Vgl. dazu die Ausführungen zur "regulativen Funktion der Generalklausel", oben S. 140.

491) Siehe oben S. 123 f.

DRITTER ABSCHNITT: DIE BEDEUTUNG DER SCHRANKEN DES ART.2
ABS.1 GG IN IHREN UNTERSCHIEDLICHEN
INTERPRETATIONEN

Im vorliegenden Absatz gilt es zu ermitteln, auf welche Weise sich die unterschiedlichen Auffassungen zum Inhalt der drei schrankenbildenden Rechtsbegriffe des Art.2 Abs.1 GG auswirken. Einer speziellen Kritik anhand der ermittelten Auswirkungen werden jene Auffassungen lediglich insoweit unterzogen, als sie nicht nur auf die Bestimmung des Inhalts von Halbsatz 1 ausstrahlen, sondern auch außerhalb des Bereichs der Entfaltungsfreiheit Auswirkungen zeitigen. Eine Kritik an den unterschiedlichen Auslegungen des Schrankeninhalts könnte auf Grund der engen Konnexität der beiden Halbsätze von Art.2 Abs. 1 GG nur dann sinnvoll sein, wenn sie in Verbindung mit einer kritischen Stellungnahme zu den Auslegungen des **I n h a l t s** der Entfaltungsfreiheit selbst erfolgte. Eine solche Kritik an den oben⁴⁹²⁾ wiedergegebenen Auslegungen des Inhalts der Entfaltungsfreiheit gehört indessen nicht zum Gegenstand dieser Untersuchung.⁴⁹³⁾

Mit der Feststellung, daß sich die Tragweite des Art.2 Abs.1 GG erst durch die Zusammenschau seiner beiden Halbsätze erschließt⁴⁹⁴⁾, sind - in genereller Form - bereits die selbstverständlichen Auswirkungen der zum Inhalt der drei Schranken entwickelten Auslegungen⁴⁹⁵⁾ vorgezeichnet: Je höher die Schranke, desto begrenzter das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit.⁴⁹⁶⁾ Wie sich im einzelnen jene Schrankeninterpre-

⁴⁹²⁾ S. 13 ff.

⁴⁹³⁾ Vgl. oben S. 1.

⁴⁹⁴⁾ Siehe oben S.23 ff.

⁴⁹⁵⁾ Siehe oben S.25 ff.

⁴⁹⁶⁾ Ob die unterschiedlichen Auslegungen der schrankenbildenden Begriffe des zweiten Halbsatzes sich auch auf die Freiheitsgrundrechte der Art.2 Abs.2 und 4 ff. GG auswirken, hängt davon ab, wie man den Geltungsbereich des "Soweit"-Satzes bestimmt; zu den verschiedenen Möglichkeiten vgl. oben S. 61 ff.

tationen auf die Tragweite des Halbsatzes 1 von Art.2 Abs.1 GG auswirken, ist nunmehr zu erörtern.

A Die "Rechte anderer"

In der von Lehre und Praxis geführten Diskussion um die Ausfüllung des Begriffs "Rechte anderer" im Sinne von Art.2 Abs.1 GG konnte keine Einigkeit darüber erzielt werden, ob diese Grundrechtsschranke schutzwürdige Interessen einzelner oder gar kollektive Interessen der Gemeinschaft umfasse, oder ob sogar hoheitliche Rechte des Staates sowie Rechte der Allgemeinheit als "Rechte anderer" zu gelten hätten.⁴⁹⁷⁾

I. Subsumiert man bereits die Interessen einzelner (natürlicher oder juristischer) Personen, also z.B. das Interesse der in einem bestimmten Beruf Tätigen am Schutz vor Konkurrenz,⁴⁹⁸⁾ unter die "Rechte anderer", so wird der Entfaltungsfreiheit die denkbar höchste Schranke gesetzt. Die Wertminderung, die das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auf diese Weise erfährt, ist tiefgreifend. Bei dieser Auslegung der "Rechte anderer" hört die durch Art.2 Abs.1 GG gesicherte Freiheit auf, rechtliche Grundlage für die Auseinandersetzung menschlicher Interessen zu sein. Gerade in dieser Auseinandersetzung liegt nach NIPPERDEY⁴⁹⁹⁾ die Quelle schöpferischen Tätigwerdens des Menschen, und nur dank dieser Auseinandersetzung sei "letztlich überhaupt ein Fortschritt der Menschheit möglich". -

Entsprechende Überlegungen dürften der Grund dafür sein, daß diese mit so umwälzenden Auswirkungen behaftete Auslegung der

497) Zum Streitstand s.oben S. 25 ff.

498) Vgl. hierzu Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. 6.1958 ("Apotheken"-Urteil) (408) - 1 BvR 596/56 - BVerfGE 7, S.377 ff. = NJW 58, S.1035 = DVBl 1958, S.500 = DÖV 1958, S.538 = BB 1958, S.641 = JZ 1958, S.472.

499) NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.783.

"Rechte anderer" eine nur selten diskutierte Einzelmeinung geblieben und besonders von der Praxis nie herangezogen worden ist.

II. Typisch für die Interpretationsarbeit an den "Rechten anderer" ist die immer wieder zutage tretende Schwierigkeit, diese in eine Generalklausel gefaßte Schranke von der Generalklausel "verfassungsmäßige Ordnung" im Sinne von Art.2 Abs.1 GG abzugrenzen.⁵⁰⁰⁾ Besonders augenfällig wird dies bei der Frage, welche der beiden Schranken die Rechte des hoheitlich handelnden Staates sowie solche Rechte der Allgemeinheit aufzunehmen vermag, die - wie das behauptete Recht auf Gesundheit - dem Interesse am Schutz der individuellen Lebenssphäre entspringen und die - wie das Recht auf Erhaltung von Sicherheit und Ordnung - als kollektive Rechte der anderen in Erscheinung treten.

Wenn es um die **B e g r e n z u n g** von Grundrechten geht, steht angesichts der Tendenz des Grundgesetzes, die Abwehrstellung des Bürgers gegenüber dem Staat zu festigen, jedwede Interpretationsarbeit in besonderem Maße unter dem Gebot, sich streng am positiven Recht zu orientieren.⁵⁰¹⁾ Ist also ein schrankenbildender Rechtsbegriff wie z.B. die "Rechte anderer" auslegungsbedürftig, so wird im Zweifel demjenigen Ergebnis der Vorzug gebühren, das mehr durch positivistische denn durch extensive Interpretation ermittelt worden ist. Ausdruck dieser Richtlinie ist in Bezug auf die Schrankentrias des Art.2 Abs.1 GG das Gebot, zunächst jede der drei Komponenten des Halbsatzes 2 absolut zu sehen und ohne Blick auf die möglicherweise weite Aufnahmefähigkeit der anderen beiden

500) Bezeichnend für diese Schwierigkeit sind das Urteil des OVG Berlin vom 18.3.1953 - OVG I B 150.52 - OVGE 2, S. 22 ff., sowie das Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes vom 21.5.1954 - OS II 95/53 - ESVGH 3, S.212 f. Bei beiden Entscheidungen bleibt unklar, ob auf die "verfassungsmäßige Ordnung" oder die "Rechte anderer" abgestellt wird.

501) In diesem Sinne KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Vorbem.B XIV 3, sowie LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.296.

Schrankenbegriffe zu interpretieren. Die Einbeziehung von Rechten des Staates und der Allgemeinheit in die "Rechte anderer" schon deshalb großzügig hinzunehmen, weil diesen Rechtsgütern ohnehin im Rahmen der "verfassungsmäßigen Ordnung" ihre grundrechtsbegrenzende Funktion zugeschrieben werden könne⁵⁰²⁾, läuft nach alledem auf einen Widerspruch zu den Maßstäben hinaus, die bei der Verkürzung von Grundrechtsgarantien im Rechtsstaat unabdingbar sind und die auch der Verfassungsgeber bei der subtilen Konstruktion der Grundrechtsbegrenzungen angelegt hat.

Im übrigen bedeutet, worauf besonders DÜRIG⁵⁰³⁾ hinweist, jene weite Interpretation der "Rechte anderer" eine Gleichsetzung der summierten Einzelrechte und der Gemeinwohlinteressen. Dies aber ließe sich, abgesehen vom Sprachgebrauch, auch von der historischen Erfahrung her nicht sanktionieren. DÜRIG ruft daher in Erinnerung, daß die Privatinteressen und das öffentliche Interesse zwar häufig zusammenfallen, daß man aber schon an der Steuerpflicht und an der Pflicht zur Ableistung des Militärdienstes sehe, wie sich öffentliches Interesse als ein "Mehr" und ein "aliud" von der Summe der Einzelinteressen abheben könne.

B Das "Sittengesetz"

Als Auswirkung der divergierenden Thesen zum Inhalt des Begriffs Sittengesetz im Sinne von Art.2 Abs.1 GG ist nichts anderes zu nennen als jene zwingende Selbstverständlichkeit, die durch diese Thesen selbst, und zwar unmittelbar, gekennzeichnet worden und bei deren Wiedergabe⁵⁰⁴⁾ zum Ausdruck gekommen ist:

502) Diese Einstellung liegt offenbar den oben, Fn 500, genannten Urteilen zugrunde.

503) DÜRIG, Art.2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, in AÖR Band 79, S.57 ff. (62).

504) Siehe oben S. 48 ff.

Je extensiver die Interpretation dieses Schrankenbegriffs, desto begrenzter auch hier die Wirkungsmöglichkeit des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Im übrigen ist der Begriff Sittengesetz im Vergleich zu den beiden anderen Schranken des "Soweit"-Satzes so eigenständig, daß selbst die weiteste der für das "Sittengesetz" entwickelten Sinngebungen nicht die Gefahr einer Kollision mit der "verfassungsmäßigen Ordnung" oder den "Rechten anderer" auszulösen vermag.⁵⁰⁵⁾

C "Verfassungsmäßige Ordnung"

Weil bei der Interpretation der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG letztlich die Entscheidung über das Verhältnis von individueller Freiheit und Bindung des einzelnen an die Gemeinschaft fällt⁵⁰⁶⁾, erlangen die Auswirkungen, die die divergierenden Auslegungsthese hervorrufen, zwangsläufig besonderes Gewicht.

I. Die engen Auslegungen der "verfassungsmäßigen Ordnung"

Der These, die verfassungsmäßige Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG sei als allgemeine Rechtsordnung, also sehr weit, zu interpretieren, werden, wie oben⁵⁰⁷⁾ gezeigt, drei mindestens in Nuancen unterschiedliche Auslegungen gegenübergestellt: die Auslegung der "verfassungsmäßigen Ordnung" als "Inbegriff der elementaren Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers" bzw. als Inbegriff

505) Umgekehrt kann jedoch eine betont extensive Auslegung der "verfassungsmäßigen Ordnung" die Ursache einer Kollision dieses Begriffs mit dem - wie immer interpretierten - "Sittengesetz" sein; s.dazu unten S. 157 f.

506) Vgl. NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.789.

507) Siehe oben S. 36 ff.

des materiellen Verfassungsrechts; die These, wonach unter "verfassungsmäßiger Ordnung" bestimmte "Verfassungsdirektiven" zu verstehen seien; sodann die Deutung der "verfassungsmäßigen Ordnung" im Sinne der "Klauseln vordringlicher Allgemeininteressen". Hinsichtlich ihrer Auswirkungen ist diesen drei Interpretationen gemeinsam, daß sie sehr abgestuft und nicht so total wie die Lehre von der Identität der "verfassungsmäßigen Ordnung" und der allgemeinen Rechtsordnung auf den ersten Halbsatz des Art.2 Abs.1 GG einwirken⁵⁰⁸⁾.

Damit ist jedoch nicht gesagt, daß diese drei engen Auslegungen der "verfassungsmäßigen Ordnung" im Hinblick auf ihre Auswirkungen homogen seien, Zwar wurzeln alle diese Deutungen in dem Bemühen, eine genau umrissene Kompetenznorm für konkrete Eingriffe in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zu schaffen, also dem Grundsatz der Bestimmtheit, einem "Lebenselixier des Rechtsstaates"⁵⁰⁹⁾, auch bei Art.2 Abs.1 GG Geltung zu verschaffen. Aber nicht jede dieser drei engen Interpretationen wird, wie im folgenden zu zeigen ist, dieser Maxime im gleichen Maße gerecht; und in dieser Unterschiedlichkeit werden die Divergenzen der Auswirkungen jener drei engeren Interpretationen der "verfassungsmäßigen Ordnung" offenkundig.

1. Die "verfassungsmäßige Ordnung" in der Sicht der Persönlichkeitskerntheorie

Naturgemäß gelingt es den Befürwortern der Persönlichkeitskerntheorie am ehesten, bei der Deutung der Eingriffsermächtigung "verfassungsmäßige Ordnung" dem Bestimmtheitsgrundsatz gerecht zu werden. Denn mit der eng limitierten Auslegung, die diese Theorie der Entfaltungsfreiheit gibt, wird zugleich der Möglichkeit vorgebeugt, den Schranken des Art.2 Abs.1 GG eine weite, zur Dehnbarkeit neigende Sinnggebung zuteil wer-

⁵⁰⁸⁾ Im einzelnen siehe hierzu unten S.156 f.

⁵⁰⁹⁾ LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.67.

den zu lassen. So gewährleisten in der Tat die von Friedrich KLEIN und von Hans PETERS, den Hauptbefürwortern der Persönlichkeitskerntheorie, geprägten Definitionen der "verfassungsmäßigen Ordnung" ein hohes Maß an Meßbarkeit und Berechenbarkeit des potentiellen hoheitlichen Eingriffs in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Dabei bringt die Lehre KLEINs, derzufolge zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG nur die elementaren Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen des Verfassungsgebers zu zählen sind, eine noch stärkere Fixierung als die These von PETERS, der "verfassungsmäßige Ordnung" als materielles Verfassungsrecht verstanden wissen will.

Wenn auch mit den von KLEIN und PETERS entwickelten Auslegungen Definitionen vorgelegt worden sind, die sich weitgehend am Bestimmtheitsgrundsatz orientieren, so ist damit die Aufgabe, den rechtlichen Gehalt der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG zu bestimmen, doch nur für denjenigen gelöst, der - wie diese beiden Autoren - den 1. Halbsatz von Art.2 Abs.1 GG im Sinne der Persönlichkeitskerntheorie oder doch wenigstens in einer dieser Theorie angenäherten Art⁵¹⁰⁾ umschreibt. Denn jene engen Definitionen können nur als Entsprechungen zu der von der Persönlichkeitskerntheorie unterbreiteten Auslegung des Art.2 Abs.1 Halbs.1 GG aufgefaßt werden; sie auch dann heranzuziehen, wenn die Gewährleistung des ersten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG im Einklang mit der herrschenden Meinung als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit verstanden wird, liefe auf eine weder rechtlich noch geistesgeschichtlich gerechtfertigte Übertreibung des Freiheitsgedankens hinaus.⁵¹¹⁾

510) Unter den Stellungnahmen zum Inhalt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit finden sich in neuerer Zeit Äußerungen, die mit der Persönlichkeitskerntheorie zwar im Grundsätzlichen übereinstimmen, aber für gewisse Einzelabweichungen Raum lassen; vgl. z.B. Konrad HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S.162, und SCHEUNER, Pressefreiheit, in VVdSt, Bd.22 (1965), S.39 mit Fn 111.

511) In diesem Sinne COING, Grundsätzliches zur Rückwirkung

2. Die "verfassungsmäßige Ordnung" als Inbegriff der Verfassungsdirektiven

In enger Nachbarschaft zu dem Bild, das die Vertreter der Persönlichkeitskerntheorie von Halbsatz 1 und, darauf aufbauend, von Halbsatz 2 des Art.2 Abs.1 GG zeichnen, dürften die Ergebnisse stehen, die aus der von Peter LERCHE für Art.2 Abs.1 GG vorgeschlagenen Auslegung resultieren. Die These LERCHEs, verfassungsmäßige Ordnung im Sinne dieses Verfassungssatzes sei der Inbegriff solcher Gesetze, die im Vollzug gewisser, namentlich genannter Verfassungsdirektiven⁵¹²⁾ ergehen, hat ihre Besonderheit darin, daß sie die Generalklausel "verfassungsmäßige Ordnung" zu einer Einzelaufzählung umgestaltet und damit die hoheitlichen Eingriffe in die Entfaltungsfreiheit in einem Maße meßbar und berechenbar macht, wie es keinem Interpreten dieses schrankenbildenden Rechtsbegriffs bislang möglich gewesen ist.

Indessen erlaubt diese Definition, die aus dem Willen zu einer methodisch strengen Zusammenschau der beiden Halbsätze von Art.2 Abs.1 GG erwachsen ist, noch kein Urteil darüber, in welchem Maße - entsprechend der Erwartung LERCHEs⁵¹³⁾ - auf diesem Wege die Entfaltungsfreiheit aus der Gefahr einer allgemeinen Verflüssigung herausgehoben und ihr dennoch hinreichende Eigenständigkeit belassen wird. Denn angesichts des gerade von LERCHE selbst herausgestellten Polaritätsverhältnisses der Entfaltungsfreiheit zu dem Gehalt des "Soweit"-Satzes lassen sich die Auswirkungen der von einem Interpreten der "verfassungsmäßigen Ordnung" vorgelegten Umschreibungen erst dann endgültig übersehen, wenn zugleich klar zutage liegt, welche Deutung ebenderselbe Interpret dem gewährten

von Gesetzen, in BB 1954, S.137; Ernst HESSE, Gesetzgeber, S.36 ff.; KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm. IV 2 a zu Art.2.

512) Siehe oben S. 45 ff.

513) LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.300.

Recht, also dem ersten Halbsatz von Art.2 Abs.1 GG, zuteil werden läßt. Hierzu aber enthalten die Ausführungen LERCHEs nicht mehr als einen Leitgedanken, nämlich den generellen Vorschlag, von der als zu eng empfundenen Persönlichkeitskerntheorie⁵¹⁴⁾ abzurücken und die Gewährleistung des Halbsatzes 1 "etwa im Sinne des Schutzes der Individualität des Grundrechtsträgers" zu deuten. Sobald aus der Feder LERCHEs eine konkretere Auslegung des ersten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG vorliegt, werden sich die Auswirkungen seiner zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG geäußerten Auffassung abschließend feststellen lassen.

3. Die Klauseln vordringlicher Allgemeininteressen

Für denjenigen, der die Persönlichkeitskerntheorie nicht zu akzeptieren vermag und Art.2 Abs.1 GG als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit ansieht, erhöht sich die Schwierigkeit, die "verfassungsmäßige Ordnung" so zu deuten, daß diese Schranke eine dem Bestimmtheitsgrundsatz gemäße Eingriffsermächtigung darstellt. Denn einerseits macht es die gegenseitige Abhängigkeit der beiden Halbsätze des Art.2 Abs.1 GG notwendig, nunmehr die "verfassungsmäßige Ordnung" weiter auszulegen⁵¹⁵⁾; andererseits erhöht sich mit jeder extensiven Auslegung einer Grundrechtsschranke die Gefahr, daß durch die Wahl von weiten und dehnbaren Umschreibungen am Bestimmtheitsgrundsatz vorbeigegangen wird⁵¹⁶⁾. Kennzeichnend für die Schwierigkeit dieser Aufgabe ist, daß in Form jener "Klauseln vordringlichen Allgemeininteresses" und mehrerer nicht aus Anlaß spezieller Untersuchungen, sondern bei Gelegenheit geprägter Definitionen eine Vielzahl von divergierenden Lösungsvorschlägen zur Debatte gestellt worden ist⁵¹⁷⁾.

514) LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.299 (mit Fn 159).

515) In diesem Sinne z.B. COING, a.a.O., sowie KLEIN, a.a.O. Anm. IV 2 a zu Art.2.

516) So wohl auch NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.812 (in Bezug auf die "Zumutbarkeitsklausel").

517) Vgl. die Übersicht, oben S. 39 ff.

Die Existenz- sowie die Zumutbarkeitsklausel bedeuten eine Weiterführung der frühesten Versuche, die "verfassungsmäßige Ordnung" gemäß dem Bestimmtheitsgrundsatz zu definieren, sie also zu einer "rechtsstaatsfesten" Eingriffsermächtigung zu gestalten. Die Tatsache aber, daß, wie NIPPERDEY 518) nachgewiesen hat, diese beiden Definitionen der "verfassungsmäßigen Ordnung" nicht vollkommen dagegen gefeit sind, in Krisenzeiten bis zum allgemeinen Gesetzesvorbehalt überdehnt zu werden, hat zu dem Bemühen geführt, noch exakter, noch ausschließlicher zu definieren, wann auf Grund der Schranke "verfassungsmäßige Ordnung" in das als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit gelesene Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit eingegriffen werden darf.

Das Ergebnis dieses erneuten Präzisionsversuches ist die "strenge Gemeinwohlklausel"⁵¹⁹⁾; und die damit vorgelegte Umschreibung der "verfassungsmäßigen Ordnung" ist für denjenigen, der bei der Auswertung des ersten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit als Garantieobjekt ansieht, die bislang exakteste Erfassung der Bindungsseite. In der Tat wirkt sich der mit jener "Klausel" unterbreitete Vorschlag, die "verfassungsmäßige Ordnung" nur dann als Eingriffsermächtigung heranzuziehen, wenn überragende Forderungen des Gemeinwohls dies unabdingbar gebieten und wenn ferner die Grundsätze der Proportionalität und der Subsidiarität berücksichtigt worden sind, zugunsten der Rechtsstaatlichkeit, hier: der Meßbarkeit und Berechenbarkeit staatlicher Machtäußerung, aus.

518) NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.810 und 812.

519) Vgl. auch oben S. 41 ff.

II. Die Interpretation der "verfassungsmäßigen Ordnung" als allgemeine Rechtsordnung

1. Auswirkungen

a) Methodische Komplizierung

Da, wie bereits ausgeführt⁵²⁰⁾, die Kennzeichnung der "verfassungsmäßigen Ordnung" als allgemeine Rechtsordnung darauf hinausläuft, daß das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit unter den allgemeinen Gesetzesvorbehalt gestellt wird, sieht sich das Bundesverfassungsgericht, der prominenteste Befürworter dieser Auslegung, dem lautstarken Vorwurf ausgesetzt, diese hohe Schrankenziehung müsse sich, wenn auch nicht zu einem "Leerlaufen"⁵²¹⁾, so doch zu einer starken Reduzierung des im ersten Halbsatz von Art.2 Abs.1 GG zugesagten Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auswirken. In der Tat handelt es sich bei dieser Auslegung der "verfassungsmäßigen Ordnung" um die höchste bei einem Grundrecht des Grundgesetzes denkbare Schrankenziehung. Diese Feststellung bleibt auch dann Ansatzpunkt für Kritik, wenn man dem Gericht zugute zu halten geneigt ist, daß es mit der Gleichsetzung von "verfassungsmäßiger Ordnung" und "allgemeiner Rechtsordnung" seine eigene möglicherweise als zu weitgehend erkannte Auslegung des Halbsatzes 1 von Art.2 Abs.1 GG kompensieren wollte⁵²²⁾. Ungeachtet des Zugeständnisses, daß auch nach Ansicht derer, die den Art.2 Abs.1 GG auf andere Weise auslegen⁵²³⁾, eine solche "Kompensation" vielfach glückt, bedeutet der vom Bundesverfassungsgericht eingeschlagene Weg nämlich eine

⁵²⁰⁾ Siehe oben S.31 ff.

⁵²¹⁾ So aber LERCHE, S.298 (mit Fußnote 157). Daß ein "Leerlaufen" wie etwa in der Verfassungspraxis der Weimarer Republik heute nicht denkbar ist, hat das Bundesverfassungsgericht vorbeugend nachgewiesen; und zwar hat es unter Hinweis auf die Art.1 Abs.3, 19 Abs.1 und 2 sowie 79 Abs.1, 2 und 3 GG festgestellt, daß "ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit" besteht, "der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist" (vgl. das oben, Fn 6, näher bezeichnete Urteil v.16.1.1957 - BVerfGE 6, S.32 ff.(41)). Zustimmend NIPPERDEY,

Komplizierung für die Handhabung des Art.2 Abs.1 GG. Nicht die auf diesem Auslegungswege erreichte Einengung der Entfaltungsfreiheit ist es also, was hier herausgestellt werden soll, sondern die Tatsache, daß das Gericht auf einem methodisch einfacheren Wege zu demselben Ergebnis hätte kommen können: Verfolgt ein Interpret das - wie immer motivierte - Ziel, dem Grundrecht einen möglichst engen Wirkungsbereich zuzuschreiben, so ist es das Nächstliegende, von vornherein den Umfang der Gewährleistung niedrig anzusetzen, statt die Schranken allzu stark als Korrektiv in Anspruch zu nehmen. Diesem gerade im Falle von Grundrechtseingrenzungen unabdingbaren Gebot zur Methodenstrenge läuft die vom Bundesverfassungsgericht zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG vorgelegte Interpretation zuwider.

Anlaß zu einer kritischen Überprüfung der hier in Rede stehenden Gleichsetzung von "verfassungsmäßiger Ordnung" und allgemeiner Rechtsordnung liefert im übrigen die Beobachtung, daß sich Art.2 Abs.1 GG bei Anerkennung dieser Interpretation hinsichtlich des damit statuierten allgemeinen Gesetzesvorbehalts nicht mehr von jenen Grundrechtsartikeln unterscheidet, die wie Art.8 GG ausdrücklich mit diesem Vorbehalt versehen sind.

b) Überlagerung der "Rechte anderer" sowie des
"Sittengesetzes"

Die Kennzeichnung der "verfassungsmäßigen Ordnung" als allge-

Entfaltungsfreiheit, S.797; PETERS, Referat, S.20; SCHÄTZLER, Bundesverfassungsgericht und verfassungsmäßige Ordnung, in NJW 1957, S.819; Hans J. WOLFF, Diskussionsbeitrag zu dem vorgenannten Referat von Hans PETERS (ebenda, S.67).

522) Vgl. hierzu Hans PETERS, Referat, S.49: "Das Bundesverfassungsgericht selbst erschrickt vor den Konsequenzen seiner ursprünglichen These" (sc. wonach der Halbsatz 1 des Art.2 Abs.1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit garantiert).

523) Vgl. z.B. Hans PETERS, Referat S.21 ff. (mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts) sowie S.41 f.

meine Rechtsordnung birgt ferner die Gefahr in sich, daß die beiden anderen Schranken des Art.2 Abs.1 GG ihr eigenständiges Wirkungsfeld und damit ihre Existenzberechtigung teilweise oder vollständig verlieren.

Sieht man im "Sittengesetz" nicht mehr als die grundgesetzliche Verankerung des Grundsatzes von Treu und Glauben und des mit dem Begriff der "Guten Sitten" umschriebenen Maßstabes⁵²⁴⁾, so ist diese Grundrechtsschranke im Schatten der "verfassungsmäßigen Ordnung" zwingend zur Überflüssigkeit verdammt; denn der Grundsatz von Treu und Glauben sowie die Generalklausel "Gute Sitten" sind Bestandteile der allgemeinen Rechtsordnung⁵²⁵⁾. Bezieht man freilich auch vor-gesetzliche Wertvorstellungen in den Begriff "Sittengesetz" ein⁵²⁶⁾, so vermag die als allgemeine Rechtsordnung interpretierte "verfassungsmäßige Ordnung" das "Sittengesetz" nur zum Teil zu überdecken; in diesem Falle bleibt dieser Schranke also die eigenständige Beschränkungsfunktion insoweit erhalten, als die Ausübung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auf Wertvorstellungen stößt, die nicht der allgemeinen Rechtsordnung, sondern ausschließlich dem "Sittengesetz" zuzuordnen sind.

Ganz ausnahmslos absorbiert werden von der allgemeinen Rechtsordnung jedoch die "Rechte anderer", - gleichviel, zu welcher der oben⁵²⁷⁾ genannten Sinngebungen man bei der Ausfüllung dieses schrankenbildenden Begriffs gelangt. Denn die Rechte anderer im Sinne von Art.2 Abs.1 GG sind Ausdruck und Bestandteil der als allgemeine Rechtsordnung interpretierten "verfassungsmäßigen Ordnung"⁵²⁸⁾.

524) Siehe hierzu oben S. 51.

525) Vgl. DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 18 in Verbindung mit Rn 16 zu Art.2 Abs.1.

526) Siehe hierzu oben S. 48 ff.

527) Siehe hierzu oben S. 25 ff.

528) So DÜRIG, a.a.O., Rn 18 zu Art.2 Abs.1 GG, sowie Urteil des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofs vom 18.5.1960 - Nr.127 IV 56 - VerwRspr Bd.12, S.953 ff.

c) Auswirkungen auf die Systematik der Bundes-
verfassungsgerichtsbarkeit

Bei dem Blick auf die Auswirkungen, die sich aus der vom Bundesverfassungsgericht praktizierten Gleichsetzung von verfassungsmäßiger Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG und allgemeiner Rechtsordnung ergeben, überrascht am meisten, daß auf Grund jener Gleichsetzung dem Art.2 Abs.1 GG auch eine prozessuale Bedeutung verliehen wird. Und zwar ist der Weg zum Verfahrensrecht deshalb gebahnt, weil die im Sinne von allgemeiner Rechtsordnung interpretierte "verfassungsmäßige Ordnung" die materiellen und auch die formellen Normen der Verfassung umschließt⁵²⁹⁾; das führt in der nunmehr ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu der Schlußfolgerung, jedermann könne im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Gesetz gehöre nicht zur "verfassungsmäßigen Ordnung", weil es in formeller oder materieller Hinsicht gegen einzelne Verfassungsbestimmungen oder allgemeine Verfassungsgrundsätze verstoße.⁵³⁰⁾ Damit gelangt das Gericht zur Zulässigkeit beispielsweise auch solcher Verfassungsbeschwerden, die mit der Behauptung angestrengt werden, der Gesetzgeber des in die Handlungsfreiheit des Beschwerdeführers eingreifenden Gesetzes habe ohne Kompetenz gehandelt.

Diese Rechtsprechung eröffnet also dem Staatsbürger, in dessen Handlungsfreiheit z.B. in Form eines Gesetzes eingegriffen wird, die Möglichkeit, auf dem Wege über die Verfassungsbeschwerde Verstöße gegen die "verfassungsmäßige Ordnung" geltend zu machen, und zwar auch dann, wenn er die durch den

529) Vgl. etwa das oben, Fn 6, näher bezeichnete Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16.1.1957 - BVerfGE 6, S.32 ff. (41); sowie Urteil desselben Gerichts vom 21.3.1961 - 2 BvR 27/60 - BVerfGE 12, S.296 ff. (308).

530) Vgl. z.B. Urteile vom 16.1.1957 - 1 BvR 253/56 - BVerfGE 6, S.32 ff. (41); vom 3.10.1957 - 1 BvR 194/52 - BVerfGE 7, S.111 ff. (119); vom 10.5.1960 - 1 BvR 190, 363, 401, 409, 471/58 - BVerfGE 11, S.105 ff. (110); vom 15.12.1965 - 1 BvR 571/60 - BVerfGE 19, S.253 ff. (257).

Eingriff erfolgende Verkürzung seiner Entfaltungsfreiheit nicht zum Hauptgegenstand seines Vorbringens zu erheben gedacht. Das bedeutet: Die Verfassungsbeschwerde gegen eine hoheitliche Maßnahme, die in irgendeiner Weise die Entfaltungsfreiheit schmälert, kann schon deshalb zum Erfolg führen, weil sich der Beschwerdeführer auf einen Rechtssatz beruft, der zwar Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung ist, nicht aber ein Grundrecht enthält.⁵³¹⁾

Die Tatsache, daß auf diese Weise die Verfassungsbeschwerde gegenüber der ursprünglichen Konzeption des § 90 BVerfGG entscheidend verändert wird und die Grenzen dieses Rechtsbehelfs zu der sogenannten abstrakten und der sogenannten konkreten Normenkontrolle (§§ 76 ff. und 80 ff. BVerfGG) an Schärfe verlieren⁵³²⁾, liefert einen der Ansatzpunkte für eine kritische Überprüfung der vom Bundesverfassungsgericht zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG vorgelegten Interpretation.

2. Kritik

a) Kritik angesichts der methodischen Komplizierung

aa) Mögen auch die Lösungen, zu denen das Bundesverfassungsgericht mit seiner Auslegung der "verfassungsmäßigen Ordnung" und des Halbsatzes 1 von Art.2 Abs.1 GG gelangt, vielfach den Ergebnissen derer gleichen, die (wie die Vertreter der Persönlichkeitskerntheorie) ebenfalls einer grenzenlosen Überdehnung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit entgegenwirken wollen⁵³³⁾, so wird doch selbst derjenige, der die Tendenz zur restriktiven Auslegung von Art.2 Abs.1 GG be-

531) Vgl. z.B. das oben Fn 450 näher bezeichnete Urteil über die Unzulässigkeit der Vollstreckung sowjetzonaler Urteile in der Bundesrepublik Deutschland.

532) Vgl. PETERS, Referat, S.31: "In Wahrheit (wird), formal gesehen, aus der Verfassungsbeschwerde eine Normenkontrollklage."

533) Siehe hierzu die ausführliche Analyse zahlreicher Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bei PETERS, Referat, S.21 ff.; vgl. auch NIPPERDEY, Entfaltungsfreiheit, S.800 (mit Fußnote 275).

grüßt, die Methode, mit der das Bundesverfassungsgericht diese Bestrebung realisiert, in Zweifel ziehen müssen. Denn hinter jener für die Handhabung des Art.2 Abs.1 GG einsetzenden Komplizierung, die sich oben als Konsequenz der ausweitenden Interpretation der "verfassungsmäßigen Ordnung" und des Halbsatzes 1 ergeben hatte, verbirgt sich mehr als nur eine Divergenz in der rechtsdogmatischen Betrachtungsweise. Für die Realisierung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im deutschen Rechtsleben bedeutet der vom Bundesverfassungsgericht gewählte Umweg Gefahr, und zwar im Hinblick auf die angesichts der Autorität dieses Gerichts häufigen Versuche anderer Gerichte, sich dieser Rechtsprechung zum ersten und zweiten Halbsatz von Art.2 Abs.1 GG anzuschließen. Denn je umfassender und merkmalsreicher die als Ausprägungen des Art.2 Abs.1 GG entwickelten Tatbestände sind, umso häufiger kommt naturgemäß die Subsumtion von Sachverhalten unter Art.2 Abs.1 GG in Betracht; im selben Maße wächst das Risiko von Subsumtionsfehlern beim Judizieren am Maßstab dieser ohnehin mit Auslegungsschwierigkeiten behafteten Grundnorm der Freiheit. Insbesondere sind derartige Fehler auf Grund der - durch Erfahrung gerechtfertigten⁵³⁴⁾ - Vermutung zu erwarten, daß es manchen Gerichten nicht immer gelingen wird, im Rahmen der vorgefundenen extensiven Auslegung der beiden Halbsätze von Art.2 Abs.1 GG den Ausgleich zwischen individueller Freiheit und Bindung in dem Maße zu finden, wie es das Bundesverfassungsgericht mit seiner Rechtsprechung beabsichtigt und wie es ihm letztlich in der Mehrzahl der Fälle möglich ist. Es besteht mit anderen Worten die Gefahr, daß die vom Bundesverfassungsgericht zur Entfaltungsfreiheit und zur "verfassungsmäßigen Ordnung" vorgelegte Interpretation verzerrt oder lediglich in Bezug auf einen der beiden Halbsätze, jedenfalls inkonsequent, aufgenommen wird, daß also - wie Hans PETERS es

534) Wie wenig die vom Bundesverfassungsgericht gewählte Interpretation des ersten und des zweiten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG angetan ist, die divergierenden Auffassungen zu diesem Artikel einer Harmonisierung näher zu bringen, zeigt PETERS, a.a.O., S.41 f., am Beispiel

aus der Sicht der Persönlichkeitskerntheorie gesagt hat⁵³⁵⁾ - der Fehler der weiten Auslegung des Halbsatzes 1 nicht durch den Fehler einer weiten Auslegung des Halbsatzes 2 ausgeglichen wird.

bb) Ins Wanken kommt die These von der Identität der "verfassungsmäßigen Ordnung" und der allgemeinen Rechtsordnung auch dann, wenn man versucht, die vom Bundesverfassungsgericht bei Art.2 Abs.1 GG angewandte Auslegungsmethode mit dem heute durchweg anerkannten Grundsatz der größtmöglichen Grundrechtseffektivität auf einen Nenner zu bringen. Dieser Grundsatz, demzufolge diejenige Grundrechtsinterpretation zu bevorzugen ist, die die juristische Wirkungskraft der betreffenden Norm am stärksten entfaltet⁵³⁶⁾, erheischt bei der Auslegung des Art.2 Abs.1 GG in besonderem Maße Beachtung. Denn dieser Verfassungssatz gehört - und das wollen auch diejenigen nicht in Zweifel ziehen, die die Schranke "verfassungsmäßige Ordnung" bis zur "allgemeinen Rechtsordnung" erhöhen - zu den "Grundsatzbekenntnissen ersten Ranges"⁵³⁷⁾. Indessen verliert das mit Art.2 Abs.1 GG niedergelegte Grundsatzbekenntnis an Glaubwürdigkeit, wenn man in dieser Norm zwar zunächst die Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit beheimatet, wenn man aber die "Effektivität" dieser Garantie durch die ausweitende Interpretation der "verfassungsmäßigen Ordnung" wieder ent-

eines Urteils des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofs (Urteil vom 18.5.1960 - Nr.127 IV 56 - VerwRspr. Bd.12, S.951 ff.). Vgl. auch den bei PETERS, a.a.O., S.41, herangezogenen Beschluß desselben Gerichts vom 4.6.1959 - Nr.147 IV 57 - VerwRspr. Bd.12, S.95 f.

535) PETERS, ebenda, S.49.

536) So zuerst THOMA, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung, in Grundrechte und Grundpflichten, S.7-9; kritisch EHMKE, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in VVdSt Bd.20 (1963), S.53 ff. (87 f.).

537) So die von MENDER, Rechtsgutachten, S.45, gegebene Umschreibung (zitiert bei KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm.III 1 zu Art.2.)

scheidend reduziert: Wie gezeigt, wird Art.2 Abs.1 GG mit der Kennzeichnung der "verfassungsmäßigen Ordnung" als allgemeiner Rechtsordnung dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt untergeordnet; auf diese Weise wird jenes "Grundsatzbekenntnis ersten Ranges" sogar tiefer als andere, nämlich tiefer als die nicht mit Gesetzesvorbehalten versehenen Grundrechtsnormen, gestellt.

Mit der erwähnten Tatsache, daß das Bundesverfassungsgericht mit seiner weiten Interpretation des ersten und dementsprechend des zweiten Halbsatzes von Art.2 Abs.1 GG in vielen Fällen zu denselben Lösungen wie die eng interpretierende Persönlichkeitskerntheorie gelangt, kann der Vorwurf eines Verstoßes gegen den Grundsatz der größtmöglichen Grundrechtseffektivität nicht entkräftet werden. Ist nämlich einmal der Halbsatz 1 als umfassende Garantie der Handlungsfreiheit gekennzeichnet worden, so wird die damit geschaffene größtmögliche Effektivität eben aufgehoben, wenn der Schranke eine so weitgehend absorbierende Kraft zugesprochen wird.

cc) Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit als Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit zu bezeichnen und anschließend die "verfassungsmäßige Ordnung" in dem hier kritisierten Sinne zu lesen, bedeutet im übrigen, daß dem Verfassungsgesetzgeber in Bezug auf Art.2 Abs.1 GG die Unaufrichtigkeit unterstellt wird, er habe sich - wohl wissend, daß sich in der "verfassungsmäßigen Ordnung" der allgemeine Gesetzesvorbehalt befestigen lasse - bei der Gestaltung des Halbsatzes 1 jede Großzügigkeit leisten können. Gerade insofern hat die Persönlichkeitskerntheorie einen unbezweifelbaren Vorteil: Die Koppelung der beiden Halbsätze von Art.2 Abs.1 GG vollzieht sich durchaus harmonisch, wenn man im Sinne dieser Theorie von vornherein den Inhalt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit weniger umfassend ansetzt; dann bleibt es der Schranke "verfassungsmäßige Ordnung" erspart, als Korrektiv für eine zu extensive Auslegung des Halbsatzes 1 herhalten zu müssen. Für den Vorwurf,

dem Grundrechtsträger werde mit Halbsatz 1 etwas gewährt, was sich angesichts der weiten Auslegung der "verfassungsmäßigen Ordnung" schließlich als Scheingewährung offenbare, bleibt bei dieser Deduktion mithin kein Raum.

Die vom Bundesverfassungsgericht befürwortete Auslegung der "verfassungsmäßigen Ordnung" hat ihre Wurzeln letztlich in einer Verkennung des eigentlichen Verhältnisses von Gewährleistung zu Schranke. Jene ist das Primäre; Sinn jeder Schranke hingegen ist das Relativieren, nicht das Eliminieren des Gewährten. Und die Skepsis gegenüber jener weitestgehenden Inanspruchnahme des rechtstechnischen Instruments "Schranke" wird auch nicht dadurch gemindert, daß der auf diese Weise eingeleiteten Verkürzung der Entfaltungsfreiheit dank der Artikel 19 Abs.1, 19 Abs.2 sowie 79 Abs.1, 2 und 3 GG die äußerste Konsequenz erspart bleibt und somit in der Tat "ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen"⁵³⁸⁾ wird.

b) Kritik angesichts der drohenden Überflüssigkeit
der anderen Schranken

In ihrer Überzeugungskraft geschwächt wird die These von der Identität der "verfassungsmäßigen Ordnung" des Art.2 Abs.1 GG und der allgemeinen Rechtsordnung auch durch jenen Bedeutungsschwund, dem die beiden anderen Schranken des Art.2 Abs.1 GG, das "Sittengesetz" und die "Rechte anderer", bei Befürwortung dieser Interpretation ausgesetzt sind⁵³⁹⁾. Zwar kann die Opposition gegen diese Auslegung schwerlich allein auf diese Auswirkung gestützt werden. Aber immerhin ist mit der Errichtung dieser beiden Schranken - wie mit der Positivierung jeder Norm - sozusagen eine Vermutung für deren Sinnhaftigkeit und Notwendigkeit begründet worden, so daß denjeni-

538) Vgl. Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16.1.1957 - BVerfGE 6, S.32 ff. (41); zur näheren Kennzeichnung des Urteils s.Fn 6

539) Vgl. oben S. 157 f.

gen Interpreten, die aus der "verfassungsmäßigen Ordnung" die "allgemeine Rechtsordnung" herauslesen wollen und so den Bedeutungsschwund der benachbarten Schranken bewirken, die Widerlegung dieser Vermutung obliegt. Dies besagt nicht weniger, als daß diese Interpreten zwecks Verteidigung ihrer Auffassung expressis verbis nachweisen müssen, dem Verfassungsgeber sei mit der Aufrichtung zweier Schranken in der Nachbarschaft der "verfassungsmäßigen Ordnung" im Sinne von Art.2 Abs.1 GG ein Pleonasmus unterlaufen.⁵⁴⁰⁾ Dieser Nachweis ist indessen bisher nicht erbracht worden und dürfte - besonders im Hinblick auf die in der Frage der Grundrechts-schranken sehr subtilen Überlegungen im Parlamentarischen Rat und in der Literatur - auch kaum zu erbringen sein.

c) Kritik anhand der Auswirkungen auf das System der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes

Bei der anstehenden Frage, ob die Schranke "verfassungsmäßige Ordnung" im Sinne von "allgemeiner Rechtsordnung" gelesen werden könne, oder ob diese Interpretation angesichts der ermittelten Auswirkungen zu verwerfen sei, erlangen die prozessualen Folgen⁵⁴¹⁾ jener Sinngebung besonderes Gewicht. Die im Zuge der Auslegung der "verfassungsmäßigen Ordnung" vom Bundesverfassungsgericht bewirkte Ausweitung des Kreises der nach § 90 BVerfGG justiziablen Verfassungssätze kann nämlich mit Fug und Recht als die bislang stärkste Herausforderung zum

⁵⁴⁰⁾ Hinsichtlich des "Sittengesetzes" obliegt diese Beweislast allerdings nur denjenigen, die - wie die oben S.31 ff. Genannten - einerseits die "verfassungsmäßige Ordnung" als allgemeine Rechtsordnung kennzeichnen und andererseits - wie z.B. DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, Kommentar, Rn 16 zu Art.2 Abs.1 - im "Sittengesetz" lediglich den Oberbegriff für den Grundsatz von Treu und Glauben sowie für den Begriff "Gute Sitten" sehen. Eine extensive Auslegung des "Sittengesetzes" beläßt dieser Schranke in ihrer Nachbarschaft zur "verfassungsmäßigen Ordnung" eine, wenn auch bescheidene, Eigenständigkeit (s.auch oben S.48 ff.).

⁵⁴¹⁾ Vgl. hierzu auch oben S.159 f.

Überdenken der gesetzgeberischen Gestaltung der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit betrachtet werden.

aa) Der Spielraum des Bundesgesetzgebers bei der
Gestaltung der Verfassungsbeschwerde

Der Kritiker dieser neuartigen Ausformung der Verfassungsbeschwerde fühlt sich in besonderem Maße auf den Plan gerufen, weil die Ausweitung des in § 90 BVerfGG fest umrissenen Kreises unter stillschweigender Ignorierung jener Überlegungen bewirkt wurde, die bei der parlamentarischen Beratung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes gerade auf eine strenge Limitierung dieses Kreises abzielten und die bei der Schaffung des § 90 BVerfGG offensichtlich bestimmend waren⁵⁴²⁾.

Nun vermag freilich die bloße Tatsache, daß das Bundesverfassungsgericht die entscheidenden Argumente der Legislative bei seiner Rechtsfindung nicht hinreichend respektiert hat, der Kritik nicht in jedem Falle zum Zuge zu verhelfen; denn es gehört ja gerade zu den vornehmsten Aufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit, die Arbeit des Gesetzgebers am Maßstab der Verfassung zu überprüfen und gegebenenfalls zu verwerfen. Hinsichtlich der Verfassungsbeschwerde im Sinne von § 90 BVerfGG liegen die Dinge indessen anders. Mit der Institutionalisierung der Verfassungsbeschwerde hat der Deutsche Bundestag nämlich nicht nur in Wahrnehmung seiner generellen Gesetzgebungsbefugnis gehandelt. Er hat damit zugleich einen Spielraum ausgenutzt, den die Väter des Grundgesetzes, wie das Bundesverfassungsgericht selbst anerkannt hat⁵⁴³⁾,

542) Die Verfassungsbeschwerde ist in der Gestalt, die ihr § 90 BVerfGG gegeben hat, Ausdruck extremer Rechtsstaatlichkeit (in diesem Sinne ZWIGERT, Die Verfassungsbeschwerde, in JZ 1952, S.321 ff. (321)). Ein noch größeres Maß an Justiziabilität in der Hand des einzelnen Grundrechtsinhabers war bei den parlamentarischen Beratungen des § 90 BVerfGG nie im Gespräch; beachtlich die Stimmen, die sogar einem Verzicht auf die Verfassungsbeschwerde das Wort redeten. Zur Entstehungsgeschichte s. GEIGER, Kommentar, Vorbem. zu § 90.

543) Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20.3.1952 - 1 BvR 267/51 - BVerfGE 1, S.167 ff. (173).

dem Gesetzgeber eingeräumt hatten: die ihm durch Art.93 Abs.2 GG gewährte Möglichkeit, selbst ein Ja oder ein Nein zur Einführung eines Rechtsbehelfes des einzelnen zur Verteidigung seiner Grundrechte zu sprechen.⁵⁴⁴⁾ Demgemäß hätte das Bundesverfassungsgericht, zumal da es den durch Art.93 Abs.2 GG dem Gesetzgeber eingeräumten Spielraum in abstracto zunächst anerkannt hatte, die in Gestalt des § 90 BVerfGG erfolgte Ausfüllung jenes Spielraumes als bindend und abschließend hinnehmen müssen. Mit seiner oben ⁵⁴⁵⁾ wiedergegebenen Rechtsprechung zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Art.2 Abs.1 GG hat sich das Gericht angesichts der prozessualen Auswirkungen dieser Judikatur jedoch den Vorwurf zugezogen, mit jener Anerkennung der dem Gesetzgeber eingeräumten Bewegungsfreiheit nicht ernst zu machen. Denn der Spielraum besteht doch in Wahrheit nur dann, wenn der Gesetzgeber das ihm zur Gestaltung überlassene Feld ohne Gefahr einer verfassungsgerichtlichen Korrektur nach seinen Vorstellungen "bestellen" kann.⁵⁴⁶⁾ Ob das Ergebnis dieser besonderen, auf Art.93 Abs.2 GG beruhenden gesetzgeberischen Gestaltungsarbeit, die auch mit dem im Jahre 1969 eingefügten Art.93 Abs.1 Nr.4 a GG in Einklang steht, als "richtig" anzusehen ist, oder ob sich noch angemessenere Lösungen anbieten, ist mithin eine Frage, zu deren Beantwortung das Bundesverfassungsgericht nicht berufen ist.⁵⁴⁷⁾

bb) Grenzen des "Rechtsweg-Staates"⁵⁴⁸⁾

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur verfas-

⁵⁴⁴⁾ Eine grundsätzliche Abkehr von der im Jahre 1951 getroffenen Entscheidung für die Institutionalisierung der Verfassungsbeschwerde wäre heute auf Grund der Einfügung des Art.93 Abs.1 Nr.4 a GG (19. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29.1.1969 - BGBl I, S.97 -) nicht mehr möglich.

⁵⁴⁵⁾ S. 32 ff.

⁵⁴⁶⁾ In diesem Sinne auch LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.319.

⁵⁴⁷⁾ Anders, wenn das Gericht den Nachweis erbringen könnte, der Gesetzgeber habe anlässlich der Inanspruchnahme der ihm in Art.93 Abs.2 GG offengehaltenen Möglichkeit gegen

sungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG sowie die damit eingeleitete Ausweitung der in § 90 BVerfGG festgelegten Enumeration lösen ein weiteres Bedenken aus. Unabhängig davon, ob man dem Bundesverfassungsgericht die Befugnis zur Umgestaltung der Verfassungsbeschwerde im Sinne des § 90 BVerfGG zugesteht oder - entsprechend der hier vertretenen Auffassung - versagt, stellt sich die Frage, inwieweit eine derartige Umgestaltung dieses Rechtsbehelfs im Hinblick auf die anderen Verfahrenstypen der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit überhaupt wünschenswert ist.

Die Suche nach einer Antwort führt zunächst zu der Feststellung, daß gerade die Verfassungsgerichtsbarkeit zu den Materien gehört, die von den Vätern des Grundgesetzes ganz besonders subtil durchdacht und geregelt worden sind. Und zwar ist diese Regelung, wie sie namentlich auch in der Schaffung der sogenannten abstrakten und der sogenannten konkreten Normenkontrolle zutage tritt, ebenso wie die mit mehreren Instanzen ausgestaltete Verwaltungsgerichtsbarkeit, eine der ausgeprägtesten Konsequenzen des Rechtsstaatsprinzips.⁵⁴⁹⁾ Dies ist auch der Grund, weswegen bei der parlamentarischen Beratung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes die Stimmen derer sehr ernst genommen wurden, die in der Schaffung der durch Art. 93 Abs.2 GG ermöglichten Verfassungsbeschwerde eine Über-treibung des Rechtsstaatsprinzips und eine Wegbereitung für Querulantentum sahen.⁵⁵⁰⁾ Wenn auch die Sorge, dem einzelnen könne mit der Verfassungsbeschwerde ein Zuviel an Justiziabilität in die Hand gelegt werden, schließlich nicht die Oberhand

eine außerhalb von Art.93 Abs.2 GG festgelegte Grundgesetznorm verstoßen.

548) Diese Wortprägung findet sich bei JAHRREISS, Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, in Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages, S.37.

549) In diesem Sinne ZWIEGERT, Die Verfassungsbeschwerde, in JZ 1952, S.321 f.

550) Zur Entstehungsgeschichte des § 90 BVerfGG s.GEIGER, Kommentar, Vorbem. zu § 90.

behalten hat, so haben die einschlägigen Diskussionen doch die Notwendigkeit aufgezeigt, die Grenzen des Rechtsstaatsprinzips zu ermitteln.

Sobald diese Grenzen sichtbar werden, ist auch die Frage gelöst, ob die Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland als prägnanter Ausdruck jenes Prinzips noch mehr Rechtsschutzmöglichkeiten gewähren sollte, als es die bestehenden gesetzlichen Normierungen vorsehen; ob also beispielsweise die vom Bundesverfassungsgericht im Zuge der Gleichsetzung von "verfassungsmäßiger Ordnung" und allgemeiner Rechtsordnung bewirkte Ausweitung des Kreises der im Sinne von § 90 BVerfGG justiziablen Verfassungssätze einer Stärkung oder - entgegen dem ersten Anschein - gar einer Schwächung der Rechtsstaatlichkeit den Weg bereitet.

Angesichts der im Rechtsdenken der letzten Jahrzehnte vielfach beobachteten Tendenz, einer vermeintlichen "Überlegenheit des Existentiellen über alle bloße Normativität"⁵⁵¹⁾ zum Durchbruch zu verhelfen⁵⁵²⁾, ist es an der Zeit, gerade im Interesse der Rechtsstaatlichkeit selbst das Heilsame des strengen positiven Rechts in Erinnerung zu rufen⁵⁵³⁾ und auf eine Aufwertung des Normativen in der Gesetzgebung hinzuarbeiten. Eine solche Aufwertung ist im Interesse der Rechtsstaatlichkeit nämlich gerade deshalb unentbehrlich, weil das Festhalten am normierten Rechtssatz Unterpfand der Berechenbarkeit, also Unterpfand eines Grundelementes des Rechtsstaates ist, - wobei die Maxime "Berechenbarkeit" nicht nur auf die Inanspruchnahme des Bürgers durch den Staat, sondern auch auf den Rechtsschutz des Bürgers gegenüber dem Staat zu beziehen ist.⁵⁵⁴⁾ Es ist daher zu begrüßen, daß sich

551) Carl SCHMITT, (ohne nähere Angaben) zitiert bei KÄGI, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S.23.

552) Hierzu grundsätzlich und kritisch KÄGI, a.a.O., insbesondere S.9 ff.

553) In diesem Sinne K. HESSE, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, S.33 f.

554) So LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.343.

in den unter dem Kennwort "Legalitätskrise"⁵⁵⁵⁾ laufenden Bemühungen um eine Aufwertung des positiven Rechts mehr und mehr die Erkenntnis herausschält, daß Rechtsstaat und Demokratie ein Höchstmaß an Normativität verlangen; denn zuallererst ist es die objektive und normative Ordnung, die der Willkür Schach zu gebieten vermag. "Daß niemand mehr weiß, was Verfassung ist"⁵⁵⁶⁾, - darin eben offenbaren sich die Gefahren, die aus der Unterbewertung des positiven Rechts entstehen. Die Zurückdrängung der normativen Substanz der Gesetzgebung bedeutet also im Zweifel einen Verlust an Rechtsstaatlichkeit.⁵⁵⁷⁾

Damit ist der ständig aktuellen Konfrontierung des gesetzten Rechts mit der Wirklichkeit nicht jede Bewegungsfreiheit genommen;⁵⁵⁸⁾ insbesondere die Gerichte werden durch jene Aufwertung der normativen Substanz nicht der Aufgabe enthoben, den gerade von ihnen erwarteten Beitrag zur Rechtsfortbildung zu erbringen. Aber bei der Besinnung auf den Wert des positiven Rechtssatzes werden doch die Grenzen sichtbar, jenseits derer das Ignorieren oder das beliebige Ergänzen des gesetzten Rechts in einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip umschlägt. Dies ist jeweils dann der Fall, wenn durch Rechtssatzergänzung oder Auslegung, also durch die beiden Arten der Rechtsgewinnung⁵⁵⁹⁾, das Normative überspielt oder zurückgedrängt wird und wenn dafür der Nachweis der absoluten Notwendigkeit nicht erbracht werden kann.

Vor diesem Hintergrund verdichten sich die Bedenken gegen die in Rede stehende Gleichsetzung von verfassungsmäßiger Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG und allgemeiner Rechtsordnung zur Ablehnung. Denn eben jener Nachweis der absoluten Notwendig-

555) Vgl. LEIBHOLZ, Strukturprobleme der modernen Demokratie, S.180 f., 183 f.

556) So KÄGI, a.a.O., S.12 (unter Bezugnahme auf Walther BURCKHARDT).

557) So nahezu wörtlich LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S.51.

558) Vgl. hierzu die Ausführungen zur "regulativen Funktion" speziell der Generalklauseln, oben S. 139 f.

559) Vgl. hierzu KLEIN, in VON MANGOLDT-KLEIN, Kommentar,

keit kann für die aus der Gleichsetzung resultierende Ausweitung des Kreises der im Sinne von § 90 BVerfGG justiziablen Verfassungssätze nicht erbracht werden. Diese Erweiterung des vom Gesetzgeber geschaffenen Verfahrenstyps "Verfassungsbeschwerde" stellt sich mithin als ein nicht zu rechtfertigender Verlust an normativer Substanz des materiellen Verfassungsrechts dar. Als rechtsstaatsfreundliche Neuerung konzipiert, führt die Erweiterung der in § 90 BVerfGG festgelegten Enumeration in die durchaus entgegengesetzte Richtung: Die im Zuge der Gleichstellung von "verfassungsmäßiger Ordnung" und allgemeiner Rechtsordnung eintretende Umgestaltung der Verfassungsbeschwerde überschreitet die Grenzen, die das Rechtsstaatsprinzip, in concreto: der Respekt vor dem positivierten Rechtssatz, der Rechtsfortbildung setzt.

Angesichts der ermittelten Auswirkungen ist die Kennzeichnung der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG als allgemeine Rechtsordnung nicht gutzuheißen.

Mit dieser Kritik an der weitesten der zur "verfassungsmäßigen Ordnung" vorgetragenen Umschreibungen ist indes noch kein Bekenntnis zu einer jener oben auf S. ff. genannten engeren Inhaltsbestimmungen abgelegt. Ein solches Bekenntnis könnte angesichts der Wechselbeziehung zwischen erstem und zweitem Halbsatz von Art.2 Abs.1 GG nur dann von Wert sein, wenn zugleich eine kritische Stellungnahme zum Inhalt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit abgegeben würde; eine derartige Inhaltsbestimmung gehört jedoch nicht zum Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Gleichwohl lassen sich einige Mindestanforderungen nennen, denen jeder Versuch, der Gleichsetzung von "verfassungsmäßiger Ordnung" und "allgemeiner Rechtsordnung" eine tragfähige Alternative gegenüberzustellen, gerecht werden muß;

Obwohl jene Wechselbeziehung nicht im Sinne einer starren Koppelung der beiden Halbsätze verstanden zu werden braucht, kann die durch die "verfassungsmäßige Ordnung" begrenzte Garantie des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit doch nur dann eine bündige Aussage über das Verhältnis des einzelnen gegenüber dem Ganzen sein, wenn jede Stellungnahme zu diesem schrankenbildenden Begriff zugleich als Aussage zum Gewährleistungstatbestand des Art.2 Abs.1 GG gesehen wird. Dabei werden, wie zu hoffen ist, nur diejenigen Auslegungen Bestand haben, die den notwendigen Eingriff in die Entfaltungsfreiheit so weit wie irgend möglich dem Ermessen der drei Gewalten entrücken. Jedenfalls ist zu fordern, daß die Generalklausel "verfassungsmäßige Ordnung" in jeder der ihr zuteil werdenden Auslegungen scharfe Konturen annehme; nur so wird es möglich sein, dieser Grundrechtsschranke einen Standort zu geben, der sich auch im Hinblick auf den Rechtsstaatsgedanken als unanfechtbar erweist.

Folgt man dieser allgemeinen Leitlinie, so bieten die von den Befürwortern der Persönlichkeitskerntheorie vorgelegten Auslegungen, aber auch die "strenge Gemeinwohlklausel" eine geeignete Grundlage für das Verständnis der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 Abs.1 GG.

Lebenslauf des Verfassers

Als zweites Kind des Textilfabrikanten Gottfried Müller und seiner Ehefrau Anne-Liese, geb. Schaarschmidt, wurde ich am 5. Juni 1936 in Ebersbach (Oberlausitz) geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach achtjährigem Besuch der Grundschule in Ebersbach war ich in den Jahren 1950/1951 Schüler der Oberschule Löbau (Sachsen). Ich besuchte von 1951 bis 1955 das altsprachliche Gymnasium in Borken (Westfalen) und anschließend bis zum Abitur am 9. März 1957 das Stadtgymnasium Dortmund.

Von 1957 bis 1962 studierte ich Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn (3 Semester), an der Freien Universität Berlin (1 Semester) sowie an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster/Westfalen (6 Semester). Im Dezember 1960 erwarb ich das "Lower Certificate in English" der Universität Cambridge. Im Anschluß an das erste juristische Staatsexamen, das ich am 28. Juli 1962 bestand, setzte ich bis Ende des Jahres 1962 das volkswirtschaftliche Studium in Münster fort.

Während der Jahre 1963 bis 1965 absolvierte ich ein Praktikum bei der Sparkasse der Stadt Köln und bei der Rheinischen Girozentrale und Provinzialbank, der heutigen Westdeutschen Landesbank - Girozentrale -.

Nach dreijähriger Ausbildung als Bankreferendar bei der Deutschen Bundesbank bestand ich am 14. Juni 1968 die Prüfung für den höheren Bankdienst. Seit 1. Juli 1968 bin ich in Frankfurt (Main) als Bankassessor bei der Deutschen Bundesbank tätig.

